

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذ عروضاً عابقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً والافراز هو الظاهر في الكميات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه ما غيبه صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فعنه في الشفعة بسبب القسمة الخاصة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكك انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه المشادة والسلام عدم ثبوت الشفعة به او قد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعي بالحديث المذكور في أوائل كتاب الشفعة في عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدرابة فغامعني بناء وجه المناسبة بينهما على ما هو المزيف هناك ثم ان القول بأن النفي يقتضي سبق الثبوت يناه في ما تقر في المعتولات من أن السلب لا يقتضي وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يستترقان أبداً مع تقدم مثبت على المنفي ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجه الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحن نلك كيف تقدم المنفي هناك على مثبت قال صاحب العناية وقد قدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظره هو أنه كما أن في الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوخ على حاله وان زال ملك أحد الشريرين كذلك في القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريرين في البعض على حاله وان زال الشيوخ بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكرنا في وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريرين اذا اراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقاءه باع فوجب عنده الشفعة فكون بقاء ما كان على ما كان أصلاً لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة في اللغة اسم للاقسام كالقسمة للاقتداء والاسوة لا تنسأ وفي الشرعية جمع النصيب الشائع في مكان معين وسبب طلب أحد الشريرين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركن الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل في الكميات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات والعقد في المعدودات وشرطها أن لا تقرت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً كذا في العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم بما ذكرنا في الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز في جميع الصور سواء كانت في ذوات الامثال أو في غير ذوات الامثال لانه ما من شيء معين الا وهو مشتق على النصيبين فما يأخذ كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضاً عابقي من حقه في يد صاحبه فكانت القسمة في كل صورة بالنظر الى البعض الذي كان ملكه افرازاً بالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكيف يكون معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كالحیوانات والعروض غير واضح اذا غاية الامر أن البعض الذي يأخذ كل واحد منهما عوضاً عابقي من حقه في يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما ترك على صاحبه من حقه في غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكماً فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذي هو عين حقه في الحقيقة اذ لا شك أن أخذ هذا البعض افرازاً لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق في غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذ كل واحد منهما

وبعضه لصاحبه فهو يأخذ عروضاً عابقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً كانت القسمة مبادلة وافرازاً والمعنى من الافراز هو أن يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر في الكميات والموزونات فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما ترك عليه يقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل في القرض جعل كإخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها أظهر لا بمالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترى بأه فاقسماه جازاً لاحدهما أن يبيع نصيبه من اربعة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترى بأه فاقسماه لا يبيع أحدهما نصيبه من اربعة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكماً ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر الابی على القسمة في ذلك

الانتم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز بدون المبادلة وذا نظر الى ما يأخذ من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان
معنى الافراز والمبادلة فيه متساويين فن ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما دعوها فاطبة بخلاف ما نالوا
في ذوات الامثال كالكدمات والمرزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانها واضح لان أخذ كل واحد منهما
فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما عين حقها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين
حقه ليكون نصيب صاحبه فيه مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كفا في الفرض
فتحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى
الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنى الافراز والمبادلة سياتى فيه لكان
الامر هيئنا وما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذ كر صاحب النهاية
وجها أبسط مما ذكر في العناية اظهروا معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغنى حيث قال ومعنى
المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغنى وغيره فقال في المغنى وأما القسمة في غير
ذوات الامثال فشبها المبادلة تغير اراج لانهم افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه
أما الحقيقة وظاهر وأما الحكم فلا نأخذ كل واحد منهما مماثل لما ترك على صاحبه باعتبار
القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افراز الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ما ليس بمثل لما ترك على
صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين
فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك
ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذ
كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك
في المقسوم كله كيف وما يأخذ كل واحد منهما ما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الافراز محض لان معنى
الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما ما نصيب نفسه قبض عين حقه لا غير والمذمى رجحان
المبادلة في القسمة الشاذة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور
بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما ما من نصيب صاحبه من نصيب
نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما ما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق
نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افراز كما صرح به في الوجه المذكور كان
معنى الافراز في ذلك ظاهرا رجحا لتحقيقه في جميع أجزاء المقسوم وتحقيق المبادلة في بعضها كما تحققته
(قوله الانتم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى
الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان
والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الا على القسمة في غير ذوات
الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أريد بقوله لان فيه معنى الافراز ان فيه
معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذ أحد الشركاء عين حقه فلا يجدي دفع السؤال اذ
يبقى الكلام حيث تدق الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على
ما قالوا ان أريد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذ عوضا عما
ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو المسأل لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان
معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي
يأخذ أحد الشركاء عين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

اجاب بقوله الانتم اذا كانت
من جنس واحد أجبر
القاضى على القسمة عند
طلب أحد الشركاء لان
فيه معنى الافراز لتقارب
المقاصد ولا منافاة بين
الخير

فصار ما يؤدى بدلا عما في
ذمته وهذا جبر في المبادلة
قصد او قد جاز فلان
يجوز بلا قصد اليه اول
وهذا لان احدهم يطلب
القسمه بآل القاضي أن
يخصه بالانتفاع بنصيبه
ويمنع الغير عن الانتفاع
عليه فيجب على القاضي
اجابته فكان القصد الى
الانتفاع بنصيبه على
الخصوص دون الاجبار
على غيره وان كانت من
أجناس مختلفة كالابل
والبقر والغنم لا يجبر
القاضي الا على قسمتها
لتعذر المعادلة باعتبار
فخس التفاوت في المقاصد
ولوتراضوا على ذلك جار
لان القسمه في مختلف
الجنس مبادلة كالتجارة
والتراضى في التجارة شرط
بالنص قال (وينبغي
للقاضي أن ينصب قاسما)
كلامه واضح الامتناع
عليه (قوله لانه أرفق
بالناس وأبعد عن التهمة)
لانه متى يصل اليه
أجره على كل حال لا يعمل
بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق
بالناس وأبعد عن التهمة)
أقول لعل المراد التهمة
الاخذ على ما هو من جنس
القضاء أجرا (قوله لانه
متى يصل اليه أجره على
كل حال الخ) أقول فيه

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كافي قضاء الدين وهذا لان احدهم يطلب القسمه بآل القاضي أن
يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع عليه فيجب على القاضي اجابته وان كانت أجناسا
مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فخس التفاوت في المقاصد ولوتراضوا
عليها جاز لان الحق لهم قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين
الناس بغير أجر) لان القسمه من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم بقطع المنازعة فاشبهه
رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم نعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم قال (فان لم
يقبل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدراجر
مثله كي لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهر اجدا فاقى تصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال
المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سائلا عن هذا الاشكال وكان
مناسبا للاحتمال لقوله لتعذر المعادلة في تعديل عدم الاجبار على القسمه فيما اذا كانت أجناسا
مختلفة كما سيأتى تبصر توقف (قوله والمبادلة مما يجري فيه الجبر) كما في قضاء الدين) يعنى انه
لامنافاة بين الجبر والمبادلة لانها تجري فيه الجبر كافي قضاء الدين فان المدينون يجبر على قضاء
الدين والدين تقضى بأمثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المدينون بدلا عما في ذمته أقول لقائل أن
يقول جبر بان الجبر في قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت في ذمة المدينون به قسما
وقد دبر حوايا أن أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل في القرض
كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان
ما يأخذه أحد الشر كاه فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن
بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر في ذلك نشأ السؤال المقدور واحتج
الى الجواب الذى نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه في قضاء الدين مع
تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولوتراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية في شرح
هذا المحل ولوتراضوا على ذلك جاز لان القسمه في مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى في
التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشرع غير مطابق للشروح وليس بتمام في نفسه لانه ان
أراد أن القسمه في مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن
القسمه مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال
ومعنى المبادلة هو الظاهر في غيرها وان أراد أن المبادلة في قسمه مختلف الجنس هي الظاهرة فهو مسلم
لكن الامر كذلك في قسمه غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط
فيه ما على أن كون التراضى شرطا في التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا في قسمه مختلف
الجنس أيضا لان قسمته ليست في معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمه مطلقا لا تعرى عن معنى
الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احدهما بالآخرى والحق عندي أن معنى كلام المصنف
هنا هو أنهم لم يتراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمه مختلف الاجناس
لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فخس التفاوت في المقاصد واذا تراضوا
على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقي على الآخر فصحت القسمه بالارب انظر الى هذا المعنى
الوجيه الواضح هل يشبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم
على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينال بحسب الظاهر قوله فيما مر أنفا
ولان منفعة نصب القاسم نعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما بالغنم فتأمل في التوفيق

بحث (قوله لا يعمل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يعمل لانه

و يجوز لتقاضى أن يقسم بنفسه و يأخذ على ذات من المتقاضيين أجر الكيل الأولي أن لا يأخذ وهذا لأن القسمة ليست بقضاء على
 الخليفة حتى لا يفترض على القاضي مباشرة أوامره الذي يفترض عليه جبراً لا على القسمة إلا أن لها شهراً بالقضاء من حيث أنها
 تستغنى بولاية القضاء فان الاجنبى لا يتسدر على الجبر فمن حيث أنهم ليست بقضاء جازاً أخذ الاجر عليها ومن حيث أنها تستغنى بالقضاء
 يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلاً مأموناً) ذكر الأمانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها الجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة (قوله
 ولا يصح لهما أن يقسموا) يعنى لم يرفعوا الأمر الى الحاكم بل اقتضوا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة
 فثبت لتراضى كافى سائر المعاضات وقوله (كجزة الكيل والوزن وحفر البئر المشتركة) يعنى اذا استأجروا الكيل ليقتل
 الكيل فثبت لتراضى كافى سائر المعاضات وقوله (كجزة الكيل والوزن وحفر البئر المشتركة) يعنى اذا استأجروا الكيل ليقتل
 الكيل فثبت لتراضى كافى سائر المعاضات وقوله (كجزة الكيل والوزن وحفر البئر المشتركة) يعنى اذا استأجروا الكيل ليقتل

(٣٦)

الكيل فيما دوسه ترك بينهم

(ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة) لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة
 وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالأمانة (ولا يجبر القاضي التام على قاسم واحد) معناه
 لا يجبرهم على أن يستأجروا لأنه لا جبر على العفو ولا بد لوقوعه عن التحكيم بالزيادة على أجر مثله (ولو
 اصطالحوا فاقسموا جازاً اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي) لأنه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك
 القسم يشتركون) كى لا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة القوت
 فبرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أى خيفة وقال على قدر الانصاء) لأنه
 مؤنة الملك فيقدر بقدره كجزة الكيل والوزن وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولا بد
 خيفة أن الاجر مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد يتعكس
 الامر فينبغذرا اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو
 يتفاوت والكيل والوزن ان كان لقسمة قبل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل
 الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفسه
 ومضرة الممتنع

مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد يتعكس
 الامر فينبغذرا اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو
 يتفاوت والكيل والوزن ان كان لقسمة قبل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل
 الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفسه
 ومضرة الممتنع

(قوله ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الأمانة بعد العدالة وان
 كانت من لوازمها الجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة انتهى واقضى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب
 العناية ورده هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى
 بقوله ويجب كونه عدلاً عالماً قال ذلك البعض لم يقل عدلاً مأموناً عالماً كما وقع في الهداية لان
 الأمانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الأمانة كما وقع في الكفاية ليس
 بشام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ أقول المذكور في الهداية نفس العدالة
 لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الأمانة لا يقتضى استدراك ذكر الأمانة المراد منها ظهورها فان
 قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الأمانة حتى يستغنى بذكر العدالة عن ذكر الأمانة
 بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة بخلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون
 القرينة وأما ارادة ظهور الأمانة من لفظ الأمانة الواقعة في الكتاب فيقر بنة تقدم ذكر العدالة
 المستلزمة لنفس الأمانة نعم لو قال في الكتاب ابتداءً ظاهر العدالة يدل قوله عدلاً لحصل الغنى عن ذكر
 الأمانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه التسمية الواقعة في الكتاب لان مجال افادة المعنى المقصود ههنا

بقدر الانصاء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعنى لو أطلق أبو خيفة رخصة الله في الجواب وقال آجرة
 الكيل بقدر عدل سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر
 بقدر العمل بخلاف القسم فانه قد يعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيدياً وبيان وقوله (وعنه) أى عن أبى خيفة (ان الاجر كما
 على الطالب دون الممتنع لنفسه ومضرة الممتنع)

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم باصل التمييز (قال المصنف
 وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب لتعليق المذكور لأن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع
 المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليست أملاً ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) اذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فاما أن يكون عقار أو غيره فان كان عقارا فاما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال اليهم فان كان الاول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقال لا يقسمه باعترافهم) وان كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما ذكره وان كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة اما أن يكون لشبهة في الملك أو للمهمة في دعواه أو لما نزاع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك يحقق لان البس دليل الملك والافرار أمارة بالصدق والافراض عدم المنازاع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وطلب البينة ليس بالازم لانها لا تكون الا على منكر ولا منكر شهما فلا تنفذ الا أنه يذكّر في كتاب القسمة أي في الصلح الذي يكتبه القاضي انه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولا إلى

حنيفة أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه قبل القسمة بمقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تفذ وصياه فيها وتقتضى ديونه منها وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة تفذ الوصية فيها بمدة الثلاث كانه أوصى بها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة للموصي له فدل أن التركة بمقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي اما اقرار الورثة أو بينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد لجواب عن قوله ما فلا يفيد ذلك لان بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعى عليه فان قيل كل منهما مقرر بدعوى صاحبه والمقرر لا يصلح خصما للمدعى

قال (واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ماسوي العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) له ما أن البس دليل الملك والافرار أمارة بالصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشتري وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد الا أنه يذكّر في كتاب القسمة أنه قسمها باقرارهم ليقصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت اذا تركه بمقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تفذ وصياه فيها وتقتضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالافرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمنع ذلك باقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه مع اقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا آخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعي والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم الى هنا كلامه أقول لا استشكله شيء ولا جوابه اما الاول فلان القاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام فحصل المقصودهم فترفع الجهة بتعيينه وعن هذا قال في الذخير في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعى أو لا آخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صاوحا لان يكون مدعى في دعوى حق نفسه على الآخر مدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعى أو مدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تنوهم الجهة حينئذ أصلا واما الثاني فلان مقتضاه أن يتوقف اسماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم مدعى على التعيين مدعى ولم يسمع ذلك من أحد ولم يرفى شيء من الكتب فانهم ان لم يعلموا معنى المدعى والمدعى عليه أصلا فبلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصما عن المورث يقسم القاضى الدارينهم بالاجماع بعد أن أقاموا

عليه آجاب بقوله ولا يمنع ذلك أي كونه خصما بسبب اقراره بل واز اجتماع الافرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين (قوله وعن هذا قالوا اذا أوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول سيجب المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالافرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خير بأنه لا أولوية لاحد الورثة بأن يكون مدعى أو لا آخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه اتعين المدعى والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فان القاضي اذا قال لا أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعى ليحصل مقصودهم

فإنما ينبغي أن يثبت على ما بالبينه بدون المبت وان كانا مفرين بها وهذا لان المدعى يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون المبت غير مدينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قوله ما كافي المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان في القسمة نظر الخ (٨)

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظر الحاجة الى الحفظ أما العقار فخص بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا المالك ولم يرد كروا كيف انتقل اليهم قسمة بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما قروا بالمالك لغيرهم قال رضى الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير ارض ادعاهار جلان واقاما البينة أنها في أيديهم ما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيمها البينة أنها الهما) لاحتمال أن يكون لغيرهم ما قيل هو قول أبي حنيفة

وفي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر لمبت بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) بحواب عن توليها والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روى عن أبي حنيفة في غير الاصول أن التاذني لا يشتمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجهه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا المالك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيم البينة على المالك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم ما ملكا لغيرهما فانهم ما لم يرد كرا السبب احتمل أن يكون

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب النسخة بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير ارض ادعاهار جلان واقاما البينة أنها في أيديهم ما وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيمها البينة أنها الهما) لاحتمال أن تكون لغيرهم ما قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد انه لا يقسم حتى يقيمها البينة على المالك لاحتمال أن يكون ما في أيديهم ما ملكا لغيرهم ما فانهم ما لم يرد كرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما فلا يتقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سلمية ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما لا يفيد ههنا بل هو محمل بالمقام لان ذلك الاصل أعني كون الاملاك في يدهما لهما يرجح كون ما في أيديهم ما ملكا لهما ما فينبغي أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسألة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك ذلك المقدمة في تعليل مسألة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجهه رواية كتاب القسمة كما مر من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهم ما لم يرد كرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا المالك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بانه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما ما التعرض له غير تام فان عدم التعرض لشيء لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي في تقريره وتعيينه كيف ولو لم يكن للمالك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتري يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير القول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما لا خلافه بالفرق بين الروايتين كما بينا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جهل ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهم ما على أن ما في ملكا لهما ما ويكون سبب عدم قهرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك

ميراثا فيكون ملكا لغيرهم وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يدهما لهما وقيل فلا تقسم احتياطا قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهم لانهم ما يقسمان في الميراث بل البينة ففي هذا أولى (قوله فانهم ما لم يرد كرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما الا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما التعرض له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا المالك (قوله فيكون ملكا لغيرهم) أقول يعني للميت

وقيل قول الكل وهو الأصح لان القسمة نوعان قسمة لحق المالك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والضمانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة المالك وقسمة الملك تنقصر الى قيام المالك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب (٩) قسمها القاضي بطلب اخضرين وينصب للغائب وكيل لا يقبض نصيبه) قيل قوله في أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحح في أيديهم لانها لو كانت في أيديهم لكان البعض في يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا في الكتاب وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وأوجب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصبي

وقيل قول الكل وهو الأصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقصر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيل لا يقبض نصيبه) لان فيه نظر للغائب والصغير ولا بد من اقامة البيعة في هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالغيب ويرد عليه بالغيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك النابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالغيب على بائع بائع فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يده مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير)

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الأصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقصر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان قسمة لحق المالك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والضمانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة المالك وقسمة الملك تنقصر الى قيام المالك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البيعة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البيعة بالاتفاق ويتقضى ايضا أن لا تجوز القسمة بدون البيعة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهم ما يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول بجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حصل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البيعة لا انتفاضة بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قوله كما ثبت عليه أنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواه ما أي لم يدعي المالك ولم يتعرض له أصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعياهم في أيديهم ما وأقاما البيعة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقنا حينئذ لا انتفاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيه ما سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا الابداء وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء والابداء ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه مالم ينزعه غيره اذا اصل أن الاملاك في يد المالك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا الابداء وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهم الى بيانه فلا يقبل قوله ما لانهم ما طلبوا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهم ما فتا كذا في الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البيعة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الأصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تنقصر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعني أن القسمة نوعان قسمة لحق المالك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والضمانة والثاني في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة المالك وقسمة الملك تنقصر الى قيام المالك ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز كذا في العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضي أن لا تجوز القسمة بدون البيعة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا في العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البيعة بالاتفاق ويتقضى ايضا أن لا تجوز القسمة بدون البيعة عند أبي يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث في العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهم ما يقولون بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول بجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حصل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البيعة لا انتفاضة بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قوله كما ثبت عليه أنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك في دعواه ما أي لم يدعي المالك ولم يتعرض له أصلا في رواية الجامع الصغير بل انما ادعياهم في أيديهم ما وأقاما البيعة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هناك صريح الملك فافترقنا حينئذ لا انتفاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيه ما سبب الملك من الارث والشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا الابداء وبيانه أنهم لما ادعيا الملك ابتداء والابداء ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه مالم ينزعه غيره اذا اصل أن الاملاك في يد المالك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا الابداء وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهم الى بيانه فلا يقبل قوله ما لانهم ما طلبوا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهم ما فتا كذا في الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البيعة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

(٣ - تكملة ثامن) أقاموا البيعة على الشراء وذكر الفرق بينهم وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحققت يكون الولد حرا بقيمة ويرجع الوارث به اعلى البائع كالمورث

(قوله ولا ملك بدون البيعة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان لا بد دليل الملك فلا شبهة في الملك كما تقدم وجوابه أن البس لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لكان الورثة قبله

(وقوله ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيعة وعندها) يعني فيما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء منه (كما أطلق في الكتاب) يعني قوله لم يقسم من غير أن يذكر إقامة البيعة (وقوله (أو الصحيح) احتراز عما ذكر في المبسوط وإن كان شيء من العقار في يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البيعة على أصل الميراث لأن في هذه القضية قضاء على الغائب والصغير بأخراج شيء مما كان في يده عن يده (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيعة لأنه لا بد من حصص وخصمين لأن الواحد لا يصلح خصما ومخاصما) فالخاضران كان خصما عن نفسه فلا يسقط خصم عن الميت وعن الغائب وإن كان خصما عنهم ما يخافه من خصم عن نفسه ليعقيم البيعة بذلك بخلاف ما إذا كان الحاضران اثنين والباقي ظاهر

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم بينهما﴾ (١٠)

لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما أو أمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يتحقق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البيعة وعدمها (أو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البيعة) لأنه لا بد من حضور خصمين لأن الواحد لا يصلح خصما ومخاصما وكذا ما قاسموا مخاصما بخلاف ما إذا كان الحاضران اثنين على ما بينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم إذا أقيمت البيعة وكذا إذا حضر وارث كبير ووصي له بالثلث فيها أو طلبت القسمة وأقام البيعة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والوصي له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حاضر بنفسه بعد البلوغ انتهى ما مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿قال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم يطلب أحدهم) لأن القسمة حق لازم فيما يمتثلها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل (وإن كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلته نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم) لأن الأول ينتفع به فيعتبر طلبه والثاني ممتنع في طلبه فلم يعتبر ذلك الجصاص على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الأضرار بغيره والآخر يرضى بضر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه

فقال (وإذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) إذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فإن كان الأول قسم القاضي يطلب أحدهم جبرا على من أبي (لأن التسمية حقا لم فيما يمتثلها عند طلب أحدهم على ما بيناه) يريد به قوله إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كقضاء الدين إلى آخره وإن كان الثاني فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق في الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل

هنا كلامه فتبصر (وقوله لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعني أن في هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير بأخراج شيء مما كان في يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير في الكافي والمبسوط أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه انما يتم إذا كان العقار كله في يد الغائب أو الصغير أو كان منه شيء زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث في با أحدهما وأما فيما إذا كان في يد أحدهما من العقار شيء يساوي قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتم فيها ذلك التعليل ألا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير بأخراج شيء مما كان في يده عن يده بل يلزم إبقاء ما كان في يده على يده في صورة التساوي وزاد شيء عليه مما في يد الحاضرين في صور النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السرف في عدم وقوع ذكر أو شيء منه في وضع المسئلة في مختص القدوري فإن هذا التعليل في وضعهما من زيادة صاحب الهداية كإتصافه في غاية البيان فتأمل

فصل فيما يقسم وما لا يقسم ﴿لما تنوعت مسائل القسمة إلى ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيانها

القسمة وبأي صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم في مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه) لأن دليل القول الأول دليل أحد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر

(قوله يعني فيما إذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول و صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبع

فصل ﴿فما يقسم وما لا يقسم﴾ (قوله وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول في عبار مساححة والأظهر أن يقول وهو أن يقسم بطالب صاحب القليل وأباعد صاحب الكثير ولا يقسم بطالب صاحب الكثير وأباعد صاحب القليل

(والاصح هو المذکور فی الكتاب) أي القدروری (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب السليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما ما يتناصرا (يستفصر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تنفر بينهما ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحادهما يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة لا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي) وقوله (ويقسم القاضي كل مكيل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة وبغيرا) يعني لا يقسم جبرا في هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الآخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك في البعير وغيره والاواني المتخذة

(١١)

من أصل واحد كالاجانة والقمة قم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كاقباء والحببة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اطلاق جزء فلا يفعله القاضي مع كراهة بعض الشركا فان رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا تو بين اذا اختلفت قيمتهما المائنة) يعني ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس

والاصح المذکور في الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستفصر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تنفر بينهما ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة (ولا يقسم الجنس بين بعضهما في بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تميزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود والمتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقرة والغنم ولا يقسم شاة وبغيرا وبرذونا وجرارا ولا يقسم الاواني) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع (ولا تو بين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بنو بين أو ثوب وربيع ثوب بنوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

في فصل على حدة (قوله والاصح المذکور في الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما الملزم طلب الانصاف من القاضي وايصاله الى منفعة ملزمة وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا في العناية ومغراج الدراية وهو المذکور في الذخيرة وزاد عليه في النهاية والكمالية أن يقال الا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا يتنفع بنصيبه بعد القسمة وطلب جميعا القسمة لم يقسمها القاضي بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا يتنفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سبق في الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستفصر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضي يقسمها عند تراضي الشر بكنين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضي فيعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعان التدافع بين أصل ما ذكرنا في وجهه أحقية المذکور في الكتاب أولا وبين

والدراهم لم تكن مشتركة فقد رد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بنو بين) يعني اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحداهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضي بينهما ويعطى أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا ورابع ثوبين والآخر ثوبين أو ثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه يتسر عليه التمييز في بعض المشترك ولو تسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركا فكذلك في البعض ومائة معاوضة تحتاج الى التراضي

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول مخالف لما في شرح الكنترازي بل في (قوله ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالتياب مثلا يعني به يجبر على ذلك لان في حق التراضي لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاد الخ) أقول قوله لان في حق التراضي الخ تعميل لقوله يعني به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاد الخ تعميل لقوله ويقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق إذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يثبت له ما أن
يأخذ الرقيق مع من آخر لا يثبت فيه القسمة سيرا كالغنم والثيران ولا يكون فإن كان فالأصح القسمة في قولهم جميعا على الظاهر أما
عند هذه الظواهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الرقيق أصلا في القسمة سيرا ويجعل الرقيق تابعه في القسمة وقد ثبت الحكم
لنبي تيمار أن لم يثبت قسدا كالتسرب في البيع والمتبولات في الوقف وإن لم يكن فإن كانوا ذكورا أو إناثا لا يقسم إلا برضا شهما
وان كانوا ذكورا أو إناثا لا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحب الجبرهما على
القسمة لا يثبت الجلس في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يثبت القسمة في الأذى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كاللخن
والكباش لأن من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفرسية وغير ذلك حتى يجمع نصيب كل واحد
منهم في واحد فانه سائر

(١٢)

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) اتفوتهما (وقال لا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كافي
الابل والغنم ورقيق الغنم وله أن التفاوت في الأذى فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس
المتفاوت بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يثبت عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكور والإناث
من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغنم لان حق الغنمين في المالبسة
حتى كان للإمام بيعها وقسمتها عنها وهاتيتعلق بالعين والمالبسة جميعا فافترقا وأما الجواهر فقد قيل إذا
اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ والياقوت وقيل لا يقسم البكر منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على إطلاقه لان جهالة الجواهر أخفى من جهالة الرقيق
ألا ترى أنه لو تزوج على أولوة أو ياقوتة أو خالغ عليها لاتصح القسمة ويصح ذلك على عبد فإولى أن
لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربحي إلا برضا الشريكة وكذا الحائض بين الدارين)
لانها اشتملت على الضرر في الطرفين إذ لا يبقى كل نصيب منتفع به انتفاع مقصودا فلا يقسم القاضي
بخلاف التراضي لما بيننا قال

التفاوت فيما يثبت عند
اتحاد الجنس ألا ترى أن
الذكر والأنثى من بني
آدم جنسان ومن سائر
الحيوانات جنس واحد
(بخلاف المغنم) جواب
عن قوله - ما ورقيق
الغنم وذلك (لان حق
الغانمين في المالبسة حتى
كان للإمام بيعها وقسمتها
عنها وهاتيتعلق بالعين
والمالبسة فافترقا) فن قيل
لو تزوج أو خالغ على
عبد صح فصار كسائر
الحيوانات فليكن في
القسمة كذلك أوجب
بأن القسمة تحتاج إلى
الافراز ولا يتحقق في
القسمة بخلاف ما ذكرتم
فانه لا يحتاج إليه (قوله
وأما الجواهر الخ) واضح
قال (ولا يقسم حمام

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما إلى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله
ولا يقسم حمام ولا بئر ولا ربحي إلا برضا الشريكة) قال صاحب العناية والأصل في هذا أن الجبر في القسمة
انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاع ذلك الجنس
وفي قسمة الحمام والبئر والربح ضرر لهما ما أولا أحدهما فلا يقسم إلا برضا الشريكة انتهى أقول تقرير الأصل
بهذا الوجه ليس بسديد إذ قد تقرر فيما مر أنه إذا كان أحد الشريكة ينتفع بنصيبه والآخر يستضر
بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الأصح المذكور في الكتاب
وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره على الجصاص وطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم
الشهيد وعلى كل واحد من الأقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بذلك المسئلة كما لا يخفى
على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن
يقصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشريكتين يجعل ذلك مدارا لعدم الجبر

ولا بئر ولا ربحي) والأصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون

(وإذا)
عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفع به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة البئر والحمام والربح ضرر لهما
أولا أحدهما فلا يقسم إلا برضا الشريكة ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متفلا لكن لو اقسما لم يمنعهما
عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بيننا) إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمهما
الإبتراضيهما

(قوله أولا أحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق أنه إذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير
فليتأمل (قوله وقوله لما بيننا إشارة إلى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وإن كان كل واحد الخ) أقول بل إشارة إلى دليل تلك المسئلة أو إلى
قوله لان الحق لهما الخ فتأمل

(قوله وإذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازمة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة إلا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقا للتقارب في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازمة لا تقسم بعضها ببعض قسمة واحدة إلا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهى تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فليشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازمة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد وليشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيبقى القسمة على ذلك وقوله (على ما مر) يعنى في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة (١٣٩) أو دار وحائوت الخ) واضح الاما نذكره

انما خص الخصاص بالذكر لان هذه المسألة لم تذكر في كتاب محمد ولا ذكرها الطحاوى ولا الكرخى رحمه الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحائوت) أى بمنافع الحائوت لانه لو جعل نفس الحائوت اجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الرابها نالك) أى في اجارات الأصل (على شبهة المجانسة) يعنى ان كانت منافع الدار ومنافع الحائوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الرابها نالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحائوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم

(وإذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدة) فى قول أى خفيفة وقالان كان الأصل لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الا فرحة المتفرقة المشتركة لهما انهما جنس واحد اسما وصوره ونظر الى أصل السكنى أجناس معنى نظر الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفرض الترجيح الى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والخيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا التزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضى الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا في مصرين لا تحتمة ان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازمة كالبيوت والمباني كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شهما من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضى الله عنه جعل الدار والحائوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الأصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا تجوز وهذا يدل على أنهم ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الرابها نالك على شبهة المجانسة

في القسمة (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحائوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحائوت جنسين وكذا ذكر الخصاص وقال في اجارات الأصل ان اجارة منافع الدار بالحائوت لا تجوز وهذا يدل على أنهم ما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الرابها نالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثانى صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد في شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدى الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الرابها نالك اذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة المشبهة والمعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة النابتة لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهى السكنى فتنتفع الاجارة بشبهة الرابها

وفي ذلك شبهة الرابها نالك اذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبارا للشبهة المشبهة والمعتبرة دون النازل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة النابتة لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهى السكنى فتنتفع الاجارة بشبهة الرابها

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعنى في جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة النابتة بها) أقول يعنى انهما متحدان بالجنس نظر الى أصل السكنى فبنى حرمة الرابها عليه ومختلفا بالجنس نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتامل

فصل في كيفية القسمة **﴿** لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفية القسمة فيما يقسم لان الكيفية صفة فتنبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال **﴿** (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كذا وكذا فلا نصيبه **﴿** (١٤)

﴿ فصل في كيفية القسمة **﴿** قال **﴿** (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليجعله يحفظه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروي بعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لما جئته اليه في الآخرة (ويقرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون نصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أو لافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصاء حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدا جعلها أسدا سا لتكن القسمة وقد شرب حناه مشبعافي كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب وبقرز كل نصيب بطريقه وشربه ثمان الافضل فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما ذكره تفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون المارل عنها وقد قال شمس الأئمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويعكس أن يقال لا اشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذلو كان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بنفس المجانسة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبنى حرمة الربا مال على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حيث تدعى اتحاد الادار والجانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فتنافضان والمصنف قصد التوفيق بذلك ففسأ منه الاشكال المسد كور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحد ولو وقع كان المراد بجنس واحد على طريق التشبيه البليغ بحذف اذا التشبيه على ما عرفت فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدان الجنس نظر الى أصل السكنى فتبنى حرمة الربا عليه ومختلفاه نظر الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتنامل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصلا لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهما في الجنس غير مقرر بل هناك شبه الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيقول بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصل السكنى واختلافه نظر الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك خالف بأحقيقة صاحباه هناك فقالا ان كان الاصل لهم قسمة بعضهم في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكرنا وافق الامامان بأحقيقة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة وانفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليه في البدائع حيث قال فيه أما مدار وضيعة أو دار وحائوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدة لا خلافا في الجنس انتهى

الى القاسم ليتولى الاقرار بينهم بنفسه (ويعدله) يعني يسويه على سهام القسمة ويروي بعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قدره (ويقوم البناء) لما جئته اليه في الآخرة (ويقرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون نصيب بعضهم بنصيب الآخر تعاق) فتقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة فنخرج اسمه أو لافله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصل أن ينظر في ذلك إلى أقل الانصاء حتى اذا كان الأقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سدا جعلها أسدا سا لتكن القسمة وقد شرب حناه مشبعافي كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب وبقرز كل نصيب بطريقه وشربه ثمان الافضل فان لم يفعل أولم يمكن جاز على ما ذكره تفصيله ان شاء الله تعالى

فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح

﴿ فصل في كيفية القسمة **﴿** (قوله بان يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصويرو ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطبيب القلوب) جواب الاستحسان والقياس بأبدا لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم تجز
 علما وإنما استعملها في دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المخلقة ولكن تركها هنا بالنسبة لمعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه
 وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه
 فليس كذلك لان الناس لم يوافقوا في التسمية اتخذت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما لأنهم في ذلك فيستعمل
 القرعة لتطبيب قلوب الشركاء ونفي تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن ذكرها عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار
 في ذمهم مريم إلى نفسه مع علمه بكونه أحق بهما لكون حاله عند تطبيب القلوبهم قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة
 في أيديهم عقار طلبة واقسمته وفي أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم
 في القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة في الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولا يفتوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل
 إلى عين العتار ودراهم الآخر في ذمته قد لا يصل إليها وليس بينهما يصل إليه لرجل في الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار إليه الا عند
 الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء على أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا
 بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله إلى أن الأرض تقسم بالمساحة لانهما (١٥) الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء

في نصيبه أو من كان نصيبه
 أجود دراهم على الآخر
 حتى يساويه فتدخل
 الدراهم في القسمة ضرورة
 كالاخ لا ولا يله في المال ثم
 على تسمية الصداق ضرورة
 التزويج ومحمد رحمه الله
 إلى أنه يرد على شريكه
 بمقابلته البناء ما يساويه
 من العرصه فان لم تف
 العرصه بقيمة البناء
 فحينئذ يرد الفضل دراهم
 لان الضرورة تحذف
 في هذا القدر فلا يترك
 الأصل الا لها وهذا يوافق
 رواية الأصل لانه قال فيه
 يقسم الدار مزارعة

والقرعة لتطبيب القلوب واذا حتمته الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه في معنى
 القضاء في ملك الارام قال (ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضهم) لانه لا شركة في الدراهم
 والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفتوت التعديل في القسمة لان أحدهما يصل إلى عين العقار ودراهم
 الآخر في ذمته ولهذا لا نسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار
 القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبي حنيفة أنه يقسم الأرض بالمساحة لانه هو
 الأصل في المسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى
 يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولا يله في المال ثم على تسمية الصداق ضرورة
 التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلته البناء ما يساويه من العرصه واذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق
 التسوية بأن كان لاثني العرصه بقيمة البناء فيئخذ بالفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك
 الأصل الا لها وهذا يوافق رواية الأصل قال (فان قسم بينهم ولا حدهم مسيل في نصيب الآخر أو طريق
 لم يشترط في القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق في نصيب الآخر لانه
 أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف (قوله والقرعة لتطبيب القلوب
 واذا حتمته الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس بأبدا لان استعمال القرعة
 تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو في معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجز علما وإنما استعملها

فلا يجعل لأحد من الدراهم وغيرها كذا في بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعني ان قسم القسام
 الدار المشتركة بين الشريكين ولا حدهما مسيل الماء في نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو ما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن
 فليس له أن يستطرق) ويسيل (في نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا في القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو
 الاقرار بالتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل إلى غيره فلا تدخل فيه الحقوق
 وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا اشترطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا المتعلق بملك غيره فلا
 تدخل الا بالشرط

(قوله وليس في معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير في قوله فيه راجع إلى القمار (قوله ألا ترى أن ذكرها عليه السلام)
 أقول الظاهر أن يقال ألا يرى إلى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم في القسمة (قوله كذا في بعض
 الشروح) أقول يعني الاتقاني في غاية اليان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى
 القسمة إلى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما متعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بأن متعلق بقوله تحقيق وقوله
 بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول في التفريق نوع تأمل

(وان لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك في القسمة أو لا فان كان الثاني (فسخت القسمة لانها محتلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فقسماؤه) وهذا بخلاف البيع فانه اذا باع داراً وأرضاً ولا يمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسديد الماء ولم تذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذراً لا تنفع في الحال) كالمال المشتري بخشاص غير (وأما القسمة فانها التكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فاعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن في القسمة تكميلاً وافراراً وان لم تذكر وبالمنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافي والحقوق بالمنظر الى التكميل تدخل (١٦)

(وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة محتلة لبقاء الاختلاط فقسماؤه بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود منه تلك العين وأنه يجامع تعذراً لا تنفع في الحال أما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتميز وتعمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصاريه بخلاف البيع اذ ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التملك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فاعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود لا تنفع وذلك لا يحصل الا باذخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشرب كما في رفع الطريق بينهم عن اقسمة) وقال بعضهم لاندع طريقاً مشتركاً كالبنيان بل ندع ينظر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح فيه نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقيق الافراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقين جماعتهم ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تدفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لافيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما أثلاثاً جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي

الافراز فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالاً للوجوب بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود لا تنفع وهو لا يحصل الا باذخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشرب كما في رفع الطريق بينهم عن اقسمة) وقال بعضهم لاندع طريقاً مشتركاً كالبنيان بل ندع ينظر القاضي في حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتح فيه نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقيق الافراز بالكلية دونه) أي دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقين جماعتهم ليحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقداره) أي في سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم تجعل سعة

في دعوى السب ودعوى المالك وتعيين العتق أو المطلقة ولا يكثر كما القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير تكثير منكر وليس هذا في معنى القرار لا أصل الاستحقاق في القرار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق بأصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت في القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان مستقيماً الا أنه بما بينهم في ذلك فيستعمل القرعة لطيب قلوب الشركاء وفي تهيئة المسيل عن نفسه وذلك جائز الا يرى أن يونس عليه السلام في مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو أتى نفسه في الماء بما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وذكر يا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالته اعنده تطيبها لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطيبها لقلوبهن انتهى كلامهم وعرفا في النهاية ومعراج الدرابية هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

الطريق أكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب قال وطوله لان الحاجة تدفع به) فلا فائدة في جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هي ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحاً في نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانبا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانبا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضاً رفع من الطريق بقدار ما عرقه ثوروا حد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقداره ما عرقه ثوران معاون كان محتاجاً الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجالة فيؤدي الى ما لا ينهائى كذا في النهاية وباقي كلامه واضح

قال (واذا كان سفل
لأعلوه) ضرورة المسئلة
يكون علو مشتركا بين
رجلين وسفله لآخر وسفل
مشتراك بينهما وعلوه لآخر
وبت كامل مشتركا بينهما
والكل في دار واحدة أو في
دارين لكن تراضيا على
القسمة وطلباً من القاضي
القسمة وانما قيدنا بذلك
لئلا يقال ته سيم العلوم
السفل قسمة واحدة إذا
كانت البيرت منفردة
لا يصح عند أبي حنيفة
رحمه الله وإذا ظهر ذلك
فاعلم أن علماء نازحهم الله
اختلفوا في كيفية قسمة
ذلك فقال أبو حنيفة وأبو
يوسف رحمه الله يقسم
بالذرع لانه الاصل في القسمة
في المذروع لكون الشراكة
فيه لا في القيمة وقال محمد
رحمه الله يقسم بالقيمة فان
كانت قيمته ما سواه كان
ذراع بذراع وان كانت قيمة
أحدهما نصف قيمة الآخر
يحسب ذراع بذراعين
وعلى هذا الحساب

لأن السفلى يصلح لما لا يصلح
له العاقل من سفر البئر انما
اسر داب ولا يصطبل
وغيره فلا يتفقوا في التعديل
الذي يسمى ثم اختار
الذرية ان في كيفية التسمية
بالذرية فقال أبو حنيفة
ذراع سفلى بذراعين من علو
وتال أبو يوسف ذراع بذراع
واختلاف المشايخ بأن
مبنى هذا الاختلاف
اختلاف عادة أهل العمر
والبلدان في تفضيل السفلى
على العلو أو العكس من
ذلك أو استوائهم ما وهو
معنى فقهي فقال بعضهم
أجاب كل واحد منهم على عادة
أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من عادة
أهل الكوفة في اختيار
السفلى على العلو وأبو يوسف
بناء على ما شاهد من عادة
أهل بغداد في التسوية بين
العلو والسفلى في منفعة
السكنى ومحمد بن علي ما شاهد
من اختلاف العادات في
البلدان من تفضيل السفلى
مرة والعلو أخرى وقال
بعضهم بل مبنى على معنى
فقهي ووجه قول أبي
حنيفة رحمه الله أن منفعة
السفلى ترعى على منفعة العلو
بضعفه لأنها تبقى بعد
فوات العلو دون العكس
(قوله أو هو معنى فقهي)
أقول معطوف على قوله
اختلاف عادة أهل عصر

لأن السفلى يصلح لما لا يصلح له العاقل من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل إلا بالتسمية وسمي بقوله لأن التسوية بالذراع هي الأصل لأن الشركة في المذرع لا في القيمة
فيصار إليه ما أمكن والمرعى التسوية في السكنى لأن المرافق ثم اختلافاً فيما بينهم ما في كيفية التسمية
بالذراع وتال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفلى بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلد في تفضيل السفلى على العلو واستوائهم ما وهو
السفلى مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن منفعة السفلى
ترعى على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفلى

الثلاثة على الوجه المذكور في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فإنه يجوز القسمة على وفق
تراضيهم ما على شيء معين كمنها كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقاً لا تقسم قسمة واحدة
عند أبي حنيفة وعند تراضي الشراكاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عند ما أيضاً كما صرحوا به
قاطبة وإن أراد بالتراضي المذكور تراضيهم ما على مجرد التسوية بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة
النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم وإثنى كافي دارين فهو محمول على ما إذا تراضيهم ما على القسمة
ولكن طلبوا من الناضي المعادلة فيما بينهم لم يقد التقييد بذلك شيئاً لأنهم ما تراضيهم ما حينئذ على القسمة
العادلة فإن كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المنفردة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجهه عدم
امكان التعديل في قسمة قسمة واحدة كما قال في الدور فإذا لم يمكن التعديل فيها فكيف يجوز مجرد
تراضيهم ما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح
بالتراضي على ذلك المعنى منه ما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل
(قوله لمجد أن السفلى يصلح لما لا يصلح له العاقل من اتخاذ بئر ماء أو سرداباً أو اصطبل أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل إلا بالتسمية) أقول كان الظاهر في التعديل من قبل محمد بن علي أنه إذا كان السفلى يصلح لما لا يصلح
له العلو وإن العلو يصلح لما لا يصلح له السفلى كدفع ضرر الندي في موضع يكثر فيه الندي واستنشاق
الهواء الملائم وغير ذلك فإن مجرد صلاحية السفلى لما لا يصلح له العلو بدون العكس تقتضي تفضيل السفلى
على العلو مطلقاً كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفلى بذراعين من علو بخلاف
تفضيل السفلى مرة وتفضيل العلو أخرى فإنه ينافي القسمة بالذراع أصلاً ويقتضي المصير إلى القسمة
بالتسمية ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سألني ولحمدة أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالإضافة إليهم ما فلا يمكن التعديل إلا بالتسمية وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجب كل
واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلد في تفضيل السفلى على العلو واستوائهم ما وهو تفضيل السفلى
مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ
بأن مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفلى على العلو والعكس
من ذلك أو استوائهم ما وهو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفلى على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل
بغداد في التسوية بين العلو والسفلى في منفعة السكنى ومحمد بن علي ما شاهد من اختلاف العادات
في البلدان من تفضيل السفلى مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريره خلل حيث قال أو
العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفلى على العلو مطلقاً إنما هو تفضيل العلو على السفلى
مطلقاً وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وإنما المذهب فيه تفضيل السفلى على العلو مطلقاً
كما قال به أبو حنيفة واستوائهم ما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفلى مرة والعلو أخرى كما قال به محمد
وليس الثالث بعكس الأول كما لا يخفى والله در صاحب الهداية في حسن تحريره وأصابته حيث قال في

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلوم منفعة السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا ييوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضرب بالآخر على أصله ولحمده رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف (١٩) الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل

الا بالقيمة وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فتلاثة وثلاثون وثلاث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلاث من سفل الكامل في مقابلة

ستة وستين وثلاثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلاث من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد ستة وستون وثلاث من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلاث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب

(قال المصنف وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول يخالف لقوله والمراعى التسوية

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلوم للسكنى لا غير ذلا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولا ييوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضرب بالآخر على أصله ونحمد الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يقتصر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فتلاثة وثلاثون وثلاث من السفل ستة وستون وثلاث من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلاث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوى مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلاث لان ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعاً من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعاً من البيت الكامل بمائة ذراعاً خمسون منها سفل وخمسون منها علو

تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب المحرف في افادته عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعى التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اه أقول ليس ذلك بسديداً ما ولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعى في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذا الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة وهو ادهن بانه قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير بيان من اعاد منفعة غير السكنى أضاف في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تحقق منفعة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفل فقط أو العلوى فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجهه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد معزل عن ذنبك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولا ييوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلاث لان ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل (قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

(قرنه واذا اختلف المتقاسمون) فقال بعضهم بعض نصبي في يد صاحبي (وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) ذكره القدرى ولم يذكر خلافا
وكأنه مال الى قول الخصاف فانه ذكر قول (٣٠) محمد كقولهما وقوله اولانه أى التميز لا يصلح مشهودا لما

أنه غير لازم قبل لان
الرجوع صحيح قبل القبض
وهو صحيح اذا كانت القسمة
بتراضيهما أما اذا كان القاضى
أو نائبه يقسم فليس لبعض
الشركاء أن يأتى ذلك بعد
خروج بعض السهام
والباقي واضح

باب دعوى الغلط في
القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط
والاستحقاق من عوارض
القسمة أخذ ذكرها والاصل
في هذا الباب أن
الاختلاف إما أن يكون
في مقدار ما حصل بالقسمة
أو في أمر بعد القسمة فان
كان الاول تحالفا وتفسخ
القسمة ان لم يكن في دعواه
متناقضا وان كان الثانى
فحكمه البينة على المدعى
واليمين على من أنكر
فعلى هذا اذا ادعى
أحدهما الغلط في القسمة
وزعم أن مما أصابه شيئا
في يد صاحبه وقد أشهد
على نفسه بالاستيفاء لم
يصدق على ذلك الابينة
لانه يدعى فسخ القسمة
بعد وقوعها فلا يصدق
الابحجة كالمشتري اذا
ادعى لنفسه خيار الشرط
فان أقامها فقد توردها بها

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضى الله عنه هذا الذى ذكره
قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبى يوسف أولا به قال الشافعى وذكر
الشافعى قول محمد مع قولهما وقاسما القاضى وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما
فلا تقبل كن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما
وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التميز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه
لا يصلح مشهودا لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه
وقال الطحاوى اذا قسم ما بأمر تقبل الشهاد بالاجماع وألهمه مال بعض المشايخ لانهم ما يدعيان
ابقاء عمل استؤجر عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا ان يقول هما
لا يران به هذه الشهادة الى أنفسهما مغلا لانفاق الخصوم على ابقائهما العمل المستأجر عليه وهو
التميز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهدا قسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد
غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضى أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن
نفسه ولا يقبل في الزام الاخر اذا كان مسكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الابينة) لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الابحجة
قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لاحاجه اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية
خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلوم مثل نصف السفلى ليس ببيان كامل لقوله
ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفلى المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلاث ذراع وانما يكمل البيان
بقوله والسفل المجرد أى سفلى البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العاقل فيجعل بمقابلة مثله
أى بمقابلة مثله من السفلى المجرد الذى لاعلو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع
كأنه على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التى عسى أن تنفع وأن لا تنفع أخذ ذكرها قال صاحب
الغنية أخذ من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف إما أن يكون في مقدار ما حصل
بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان
الثانى فحكمه البينة على المدعى واليمين على من أنكره واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه
بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير لانه الف فيه ولا
بينية ولا يمين كما يجبى انتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف
الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما
اذا كانت القسمة بالتراضى والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضى ولكن الغبن يسير خارج
عن المقسم المذكور اهدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجى فلا يرد به النقض على شئ من القسمين

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

(فان)

(قوله فان كان الاول تحالفا) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى والغبن يسير
لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجبى

عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر في الكتاب ولا تخالف لوجود التناقض في دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغي أن لا يقبل دعواه أصلاً) يعني وان أنام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكامله كان الدعوى بعد ذلك تناقضاً قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحتالفاوسخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استخلف الشركاء لانهم لو أقروا الزمهم الخ) أقول لوصح دل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (قال المصنف ينبغي أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يأخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجهه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجهه يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما يوجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائماً كذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع

(فان لم يكن له بينة استخلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب البا كل والمدعى فيقسم بينهما على قدر انصافهم الا ان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً ناقضه واليه أشار من بعد) وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لا ينبغي عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحتالفاوسخت القسمة)

المذكورين في الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استخلف الشركاء) لانهم لو أقروا الزمهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول كذا في الكافي وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لوصح هذا لدل على وجوب تخليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب في اقراره مع أنه لا تخليف عليه عند أبي حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذلك بوارداً قد تقرر في كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا في نسب الولاد ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له لا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلاً فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب في اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه في اقراره لا يدل ما ذكرناه على وجوب تخليف المقر له هناك اذ لا يتشبه فيه أن يقال لو أقر المقر بكذب المقر في اقراره بعد تصديقه اياه في اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شيء باقراره بكذب المقر في اقراره والالزم أن يرد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر في اقراره فلا يدل ما ذكرناه أيضاً على ذلك فانه يتشبه فيه أن يقال لو أقر المقر بكذب المقر في اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتشبه فيه أن يقال فاذا أنكروا استخلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصداقاً له في اقراره لان انكار كذبه في اقراره يقتضى تصديقه في اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار رد فلا فائدة في استخلافه ولذلك لم يجب تخليف المقر له هناك عند أبي حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فاعمل فيه دقة ثم أقول لكن بقي فيما ذكرناه وهو أن قولهم لرجاء النكول في قولهم فاذا أنكروا استخلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار كاذب اليه أبو حنيفة على ما صرح في كتاب الدعوى مفصلاً فانه اذا لم يكن اقراراً لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استخلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلاً لتناقضه) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفي المبسوط وفي فتاوى قاضخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله فلا يأخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة ونفيه بحث فان مثل هذا لاقراران كان مانعاً عن صحة الدعوى لاسم البينة لا بقتائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفوا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغي أن يتحالفوا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذي يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطاً في مقدار الواجب بالقسمة على وجهه لا يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط والذي لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط في مقدار الواجب بالقسمة على وجهه يكون مدعياً الغصب بدعوى الغلط وقال في النوع الاول وانما يوجب التحالف لان القسمة في معنى البيع وفي البيع اذا وقع الاختلاف في مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائماً كذا في القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال في النوع

فان مثل هذا الاقراران كان مانعاً عن صحة الدعوى لاسم البينة لا بقتائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعاً ينبغي أن يتحالفوا

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة نصارت نظير الاختلاف في مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد في الصورة الاولى ولا يتخالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا للصحة الدعوى وإذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حتى وأخذت بعضه (٣٢) ويجز عن اقامة البيئة فالقول قول خصمه مع عيینه لانه يدعى عليه الغصب

لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذلك في القسمة لو جرد التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش) لان تصرفه مقيما بالعدل (ولو اقسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يبتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأذكر الآخر فعليه اقامة البيئة) لما قلنا

الثاني اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما في مقدار الواجب بالقسمة كما في النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما في سائر المواضع والتحالف أصر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كإوقع في متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعاً بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضاً من غير حاجة الى التكلف الذي ذكره صدر الشريعة لا رد دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثاني من النوعين المذكورين في الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ما تقدم في باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان في المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحدا المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البدل عما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكراً فيحلف وأما بعد القبض فبخلاف القياس لان القابض منهما لا يدعى شيئاً حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكما عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعدئذ انحالفوا وتراذوا فاذ اتقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشرهين قابض نصيبه فانه ذو البدل ولا يدعى على الآخر شيئاً وانما يدعى الآخر عليه بعض ما في يده فكان التحالف فيه مخالفاً للقياس ولا مجال لأجراء النص المزبور هنا لا بطريق القياس لان ذلك النص كان وارداً في البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما يرد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست في معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معاً كما مر في صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بدق الا لحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوي على ما عرف في موضعه ولم يوجد شيء منهما هنا فلينأمل في الدفع (قوله ولو اقسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما يبتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البيئة لما قلنا) قال في العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا البيئة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا نرد دعواه بالبيئة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة في قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها ففسخ القسمة المعانسة حال الخصومة الدالة في الظاهر على كون ذلك البيت في نصيب ذي اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينفى في ما ينبغي في الفصل الآتي من

وهو وينكر ولا يخالف في التقويم فلا يحتلوا ما أن يكون يسيراً أو فاحشاً لا يدخل تحت تقويم المتقوين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي لان الاحتراز عن مثله عسر جداً وان كان الثاني فإن كانت القسمة بقضاء القاضي فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيماً بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضي لم يذكره محمد رحمه الله وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهروي رحمه الله انه كان يقول لائقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما المبيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والرضى ولقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر في القيمة غبن فاحش ذات شرط يجوز القسمة

فيجب نقضها والصدور الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ لما رجحهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني قوله (ولو اقسما دارا) هو عين المسئلة أول الباب لكن أعاده زيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة (قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقيد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتخالفان على ما هو المقرر في الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضاً تأمل

الى قوله لم يصدق على ذلك الابينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا في الحدود) قبل صورته دارا قسمة رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفي طرف حده بيت في يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفي طرف حده بيت في يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذي في يد صاحبه داخل في حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا

بمعنى قوله لانه خارج وبينه الخارج ترجع على بينة ذي اليد والباقي واضح

فصل لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا أو استحقاق بعض شائع في النصيبين واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين في الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفي الثاني تفسخ بالاتفاق وفي الثالث لم تفسخ عند أبي حنيفة رحمه الله ولكن بخير ان شاء رجع بمحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبي يوسف على رواية أبي سليمان ومع أبي حنيفة على رواية أبي حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة أن أخذ أحدهما الثلث المتقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمة ما سواه بان تكون قيمة الدار ألفا وما تبقى درهم مثلا وقيمة الثلث المتقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقي مثله ثم استحق نصف الثلث المتقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفع العيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده وقيمته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء (٣٣) بالكل فيصير في يد كل من الشريكين أربع مائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف)

يعني القدوري رحمه الله في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار أن الاختلاف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحواله هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينه الخارج ترجع على بينة ذي اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادوا كذا اذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي هو في يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لأحدهما بينة قضى له وان لم تقم لأحدهما تحالفا) كافي البيع

فصل قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة ورجع بمحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة وهو الاصح أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع في الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا انوردعوا بالبينة ظاهر لا يخفى

فصل لما فرغ من بيان الغلط شرع في بيان الاستحقاق (قوله قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار) أي قال المصنف ذكر القدوري الاختلاف بين أبي

الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه أيضا نظرا فان قول القدوري واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شيء معين وهو البيت فاذا انوردعوا بالبينة يحكم بالبيت للمدعى

فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه (قوله في الاول الى قوله وفي الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثاني قوله واستحقاق بعض شائع في النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع في أحد النصيبين (قوله في الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق) أقول في شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا ففسخت القسمة وان كان معيناً لم يذ كر هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كأن لم يكن فان كان الباقي في يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لأحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصصة كما اذا كانت الارضين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وسبعة من ذلك يرجع الثاني على الاول بذراع وفي غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص في ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفي ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل في أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحل على التأسيس خير من التأكيد فقام لي

لا يبيع بعض فيكون تذاكر كلامه وإذا اتفق بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وسيتخذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين لاني
يوسف رحمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا ارضا على
القسمه لانه اعتبر القسمة فيما فلا بد من التراضي وصار كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين في انعدام معنى القسمة وهو الافراز اما فيما
ظهر فيه الاستحقاق فواضح واما (٣٤) في النصيب الاخر فلا بد من الرجوع بحصته في نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين فان

لاني يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله كما اذا استحق
بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه لا بد من
الرجوع بحصته في نصيب الاخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع
في نصيب أحدهما ولهذا حازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا
بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما الا شركة لغرضهما فيه فاقسما على أن لاحدهما مالهما من المقدم
وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت
القسمه لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالاستحقاق فافترقا

باستحقاق بعض معين يبقى
الافراز قسما وراه ذلك
بغير انشاء نقض القسمة
من الاصل لانه ما رضى بها
الا على تقدير المعادلة وقد
فانتهى لهما أن معنى الافراز
لا ينعدم باستحقاق جزء
شائع في نصيب أحدهما
لانه لا يوجب الشروع في
نصيب الاخر ولهذا حازت
القسمة على هذا الوجه في
الابتداء بان كانت دار
نصفين والنصف المقدم
منها مشترك بين ثلاثة نفر
والنصف المقدم من هذا
النصف لواحد منهم
والنصف الاخر بين اثنين
على السوية والنصف
المؤخر بين هذين الاثنين
على السوية أيضا فاقسما
الاثنان على أن يأخذ
أحدهما نصيبهما من المقدم
وربع المؤخر وإذا جاز
ابتداء جاز انتهاء بطريق
الاولى وصار كاستحقاق
بيت معين في عدم انتفاء
معنى الافراز بخلاف الشائع
في النصيبين فانه لو بقيت
القسمه لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين
اما ههنا فلا ضرر بالاستحقاق

حقيقة وأبي يوسف في استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما وهكذا كرا الاختلاف في الاسرار
قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا والآن هذه المسئلة مذكورة في الاسرار في
الشائع وضعا وتعللا من الجانبين وتكرار باللفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بركة الى
في قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا أيضا والمطابق للغة تعديت بكلمة
على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعينه وأقول وفي قوله ذكر الاختلاف في
استحقاق بعض بعينه أيضا نظرقان قول القدرى وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم ينص
في ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه وإذا استحق
بعض شائع في نصيب أحدهما بعينه وجيتخذ يكون الاختلاف في الشائع لافي المعين انتهى أقول لا يخفى
على ذي فطرة سليمة ان كلام القدرى ان لم يكن متعلقا بنصيب أحدهما عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه
على أحد من محول العلماء لان قوله بعينه لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور في هاتيك المسئلة
مبهما فلا يعلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيحتل وضع المسئلة وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا
بقوله نصيب أحدهما كان مجرد التأكيدي صار بمنزلة اللغو في مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقا ببعض
يكون تأسيسا مفيدا للرادخ بالالهام فاني هذا من ذلك على أن الاصل في أمثال هذا التركيب تعلق
القيد بالمضاف دون المضاف اليه كما بين في محله فبين أن كلام القدرى ظاهر فيما حمل عليه المصنف
وقد تقرر في علم الاصول أن الظاهر بوجوب الحكم قطعا كالنص على أحد معني القطعي وهو ما يقطع
الاحتمال الناشئ عن دليل إلا أن التفاوت بينهما أي بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم
النص على الظاهر عنده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بوجهه (قوله لاني يوسف ان
باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمه بدون رضاه باطله) قال صاحب العناية في
تعليل هذه المقدمة أعني قوله والقسمه بدون رضاه باطله لان موضوع المسئلة فيما اذا ارضا على القسمة
لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي انتهى وما أخذ تعليله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام
علاء الدين الاسيحي حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي وضع المسئلة
فيما اذا ارضا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمه بالقيمة عند أبي حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهى
وأورد بعض الفضلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المسئلة فيما اذا ارضا على القسمة حيث

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا ارضا على القسمة) أقول لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي
فانها اذا كانت بقضاء القاضى يبطل أيضا اذا لم يرض القاضى على ما يبيح في شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لانه اعتبر القيمة فيها
فلا بد من التراضي) أقول فيه بحث فإن القيمة معتبرة فيما اذا كانت القيمة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيها كدولهذا لو كان
بالغبن القاهش في أحد الطرفين فيفسخ على ما مر في الدرس السابق (قوله فاقسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقسما الاثنان

صاحب المقدم نصفه)
يعني النصف من الثلث
المقدم الذي وقع في نصيب
أحدهما ثم استحق النصف
الثاني رجع ربع مافي يد
الآخر عندهما لاذ كرنا
يعني من قوله لانه لو استحق
كل المقدم رجع بنصف
مافي يده الى قوله اعتبارا
للجزء بالكل وسقط خياره
بيسع البعض في فتح
القسمه لان الفسخ انما يرد
على ماورد عليه القسمه
وقد فات بعض ذلك بالبيع
وعند أبي يوسف رحمه الله
مافي يد صاحبه بينهما
نصفان ويضمن قيمة نصف
ما باع لصاحبه لان القسمه
تنقلب فاسدة عنده
فيه قسمان الباقي بعد
الاستحقاق قوله (والمقبوض
بالعقد الفاسد) جواب عما
يقال ينبغي أن ينقض
البيع لانه بناء على القسمه
الفاضة والبناء على الفاسد
فاسد ووجهه أن القسمه
في معنى البيع لوجود
المبادله وإذا كانت فاسدة
كانت في معنى البيع
الفاضة والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك
فينفذ البيع فيه وهو
مضمون بالقيمة لتعذر
الوصول الى عين حقه
لمكان البيع فيضمن نصف
نصيب صاحبه

وصورة المسئلة إذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمة ما سواه ثم استحق نصف المقدم فعندهما أن شاء نقض القسمه دفعا لعيب التشقيص وإن شاء رجع على صاحبه ربع مافي يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف مافي يده فإذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الر ربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائما رجع ربع مافي يده الآخر عندهما لاذ كرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف مافي يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمه تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها إذا كانت بقضاء القاضي تبطل إذا لم يررض الغائب على ما يجبي في شرح قوله ولو أراه الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمه بين الورثة إذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى الى ما حرم في الكتاب في أوائل كتاب القسمه من قوله وإذا حضر وارثان وأقاما البيعة على الوفاة وعددا الورثة والدار في أيديهم ومعهما وارث غائب قسمها القاضي بطالب الحاضرين وينصب للغائب وكيل لا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمه بعدم رضا الغائب لما ساع للقاضي القسمه في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم إن قوله على ما يجبي في شرح قوله ولو أراه الغرماء ليس بمحوالة راجحة اذ لا تنفي في شرح ذلك ما يوجب بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما إذا ظهر وارث أو الموصي له بالثلث أو الربع بعد القسمه وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فإن القسمه تنقض أن لم يررض الوارث أو الموصي له لان حقهما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاها ما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمه في صورة ظهور الوارث أو الموصي له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لانه لا تنتقضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه أو المراد بانتقاضها بالكلية أيضا لكن في صورة القسمه بالتراضي دون القسمه بقضاء القاضي ألا تنقض القسمه بالكلية فيما إذا ظهر وارث أو الموصي له إذا كانت القسمه بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمه بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت إذا طلب الغرماء ديونهم ولا مال للميت سواء ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصي له شريك الورثة ألا يرى انه لو هلك من التركة شيء قبل القسمه لهلك من الورثة والموصي له جميعا والساقى على التركة بينهم ولو اقتصموا وئة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا إذا كانت القسمه بالتراضي فإن كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصي له وإن كان كواحد من الورثة لكن القاضي إذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمه في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي إذا صادف محل الاجتهاد ينقض ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتصموا ثم ظهر أن ثمة وارثا آخر تنقض قسمتهم ولو كانت القسمه بقضاء القاضي لا تنقض لاذ كرنا الى هنا لفظه ثم إن ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فالأب من التراضي حيث قال فيه بحث فإن القيمة معتبرة فيما إذا كانت القسمه بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيه أكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تنسخ على ما حرم في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمه بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه ممانص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الأسجيجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدديان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كإقامة نصيبه تصويروها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما إذا تراضيا على القسمه لا فيما إذا كانت بقضاء القاضي فقوله فإن القيمة

(قال المصنف لان القسمه تنقلب فاسدة عنده) أقول

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ولم يبق للورثة من مالهم ولم يبق للغرماء ردت القسمة لأن الدين يمنع وقوع الملك وأورث حتى لو كان في التركة المستغرقة بالدين عبود وهو ذرهم محرم لو ارث لم يعتق وكذلك إذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي (٣٦) من التركة ما بقي من الدين ورأى ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة) لأنه ينسحق وقوع الملك وأورث وكذلك إذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما بقي بالدين ورأى ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض القسمة في إيفاء حقهم ولو أرى الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط ما زالت القسمة لأن المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذا الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركاً

معتبرة فيما إذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضاً إن أراد أنها معتبرة عند أي خفيفة في صورة القضاء أيضاً فليس كذلك وإن أراد به أنها معتبرة في صورة القضاء أيضاً عند غير أي خفيفة فلا يجدي شيئاً فإن عدم اعتبارها عند أي خفيفة كافٍ في تمام ما ذاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيها كعدم الأصابة لأن تحقيق الغبن الفاحش لا ينحصر في أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم فأبو خفيفة يعتبر في عين القسمة بالقضاء التفاوت في العين بأحدى الجاهات المذكورة دون التفاوت في القيمة وما مر في الفصل السابق من مسئلة فسخ القيمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكره نالك في بعض الشروح الغبن مثال هو صريح في التفاوت في العين بأن يقال وإن انقسمت مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الآخر الغبن إلى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين ديناً في التركة صح دعواه لأنه لا تناقض إذا الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) ذال صاحب العناية ولقائل أن يقول إن لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول في الجواب بحث لأنه إذا ثبت الدين بالبيينة فإن لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها أو لا فلزم السعي في نقض ما تم من جهته ومدار السؤال عليه فإن السعي في نقض ما تم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف في نظائره واعتراض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خير بيان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسع البيينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل انتهى كلامه أقول وأنت خير بيان كون استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فإن الجيب لا يقول إن هذه الدعوى غير صحيحة في ابتداء الأمر ثم تبين صحتها بعد إقامة البيينة بل يقول إنها صحيحة في الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبيينة فأل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار إليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لهرق ذلك الجواب ما ذكرناه من أن لزوم السعي في نقض ما تم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبيينة وانما الذي لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يرفع السؤال المزبور ثم إن قول ذلك البعض

سقيم ولو أرى الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم سبأت القسمة أي تبين جوازها سواء كان الدين محيطاً أو غير محيط لأن المانع قد زال بخلاف ما إذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فإن القسمة تنقض إن لم يرض الوارث أو الموصى له لأن حقهما في عين التركة فلا ينتقل إلى مال آخر إلا برضاها ما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة ديناً على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لأن الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض في دعواه بالإقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالإقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركاً ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول إن لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها إذا صححت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعي في نقض ما تم من جهته والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل

(قوله والجواب أنه إذا ثبت الدين بالبيينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خير بيان استماع البيينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعي في نقض ما تم من جهته فكيف تسع البيينة والاولى أن يحجب منع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتنامل

فصل في المهايأة المافر غ من بيان أحد كمام قسمة الاعيان شرع في بيان أحد كمام قسمة الاعراض وهى المهايأة وأخرها عن
قسمة الاعيان لكونها فاعليها وأفعال أن الترجمة بالباب أولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما
لكن باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة
للشيء لشيء وقد تبدل الهمزة ألفاً وتحققه أن كلامهم يرضى (٣٧) بهيئة واحدة ويشتارها وأن

فصل في المهايأة ﴿ المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبهه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضى كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منه في استحكال المفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتمايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشرى يكن القسمة والاخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يتحمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا يبطل التمايؤ بموت أحدهما ولا بموت ما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهايا في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا أسفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

فصل في المهايأة ١٠ لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعاً عليها ثم إن المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للشيء وبإبدال الهمة أل في اللغة فيها والتا يوتفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيترضوا به وحقيقته أن كل منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هاباً فلان فلا تواتها بالقوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحساناً لل حاجة اليه) قال الشراح والقياس يأبى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها إذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شيء وهو أن ما ذكره في وجه إباحة القياس جوازها انما يتم في صورة التها يوتن من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحدة مدة وينتفع الآخر بمدة أخرى لا في صورة التها يوتن من حيث المكان كما اذا تهايا في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها فان التها يوتن في هذه الصورة افرار لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقية كما سيجي في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التها يوتن على الإطلاق أمر استحسانياً مخالفاً للقياس وما ذكره في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتها يوتن جمع على التعاقب) أقول في كلية هذا التعليل نظر ان قد صرحوا بان التها يوتن قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسبب أن في ذلك الكتاب أيضاً والجمع على التعاقب انما هو في التها يوتن من حيث الزمان وأما في التها يوتن من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما ستحققه نعم ان القسمة في الاعيان أقوى بلا ريب من مطلق التها يوتن الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث

فصل في المهايأة (قوله لانها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نفسيته

فالتأثير في هذا الوجه وهو
أن يسكن هذا في جانب
من الدار ويسكن هذا في جانب
آخر منها في زمان واحد
افراز لا مبادلة لتحقيق معناه
فان القاضي يجمع جميع
منافع أحدهما في بيت
واحد بعد أن كانت شائعة
في البيتين وكذلك في حق
الآخر ولهذا لا يشترط فيه
التأقيت ولو كان مبادلة
كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة ويشترط
التأقيت قيل (قوله ولكل
واحد أن يستغل مأصابه)
يجوز أن يكون توضيحا
لكونه افرازاً فإنه اذا كان
افرازاً كانت المنافع حادثة
على ملكه ومن حدثت
المنافع على ملكه جاز أن
يستغل وان لم يشترط في
العقد ذلك وهو ظاهر
المذهب ذكره شمس الأئمة
السرخسي رحمه الله وفيه
نظر لانه لو كان مبادلة كان
كذلك أيضاً والاولى أن
يكون ابتداء كلام لنفي
قول من يقول انهم ما اذا
تمهايا ولم يشترط الاجارة في
أول العقد لم يملك أحدهما
أن يستغل مأصابه

(قوله يجوز أن يكون
توضيحا الى قوله ومن
حدثت المنافع على ملكه
جاز أن يستغل وان لم يشترط
في العقد ذلك) أقول
منقوض بالاغارة

والتماؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن
يستغل مأصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فمسب (قوله والتماؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء
لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضا ح أنه افراز لا ندلو كان مبادلة كان عليك المنافع بالعوض
فيلحق بالاجارة حيث يشترط التأقيت كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول ان أراد ندلو كان
مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم
لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازاً من وجهه حتى يثبت كونه افرازاً لجميع
الانصباء لجواز أن يكون افرازاً من وجهه وبمبادلة من وجهه أن يكون افرازاً بالنصيب كل واحد منهما
من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها او بمبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الاخر في
الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما صرف في صدر كتاب القسمة أنهم لا تعري عن
المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لاصاحبه فهو وأخذ عوضاً عما
بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازاً وان أراد ندلو كان مبادلة ولو وجهه كان ملحقاً
بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة بالمنفعة بالعوض
من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افرازاً من وجهه وبمبادلة من وجهه قال
صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتماؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي
يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر
انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع
الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقر في
محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه
ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التماؤ بمبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار
اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار
المحال متحققاً حتى يرتكب الثاني لاجل دفع الاول وأيضاً اعتبار المحال متحققاً ليس بأولى وأسهل من
عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع
لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكره وفيما صرحاً نقضاً من أن القياس يأبي جواز
التماؤ لانه مبادلة بالمنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقر في كتاب الاجارات لكتاتركنا القياس
فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء
في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التماؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا
كان افرازاً من وجهه وبمبادلة من وجهه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه
كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل مأصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو يشترط
حدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع
هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاشتداد
قبل مضي المدة ههنا أيضاً متحقق اذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب
أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لتكون القسمة أبلغ في احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل
المهاياة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل مأصابه بالمهاياة بناء على حدوث
المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة

(ولو تم يا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا ما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لأن المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذ كر أن عـذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كافي الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر فسمه الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بمنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أسخ لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعرض ور بالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في المجلس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لأن

(٢٩)

المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل احتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما ضرورة فلا ترجح لاحدهما اذ التهايو في المكان أعدل لاستواءهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكل لان كلامهم ما ينفذ بجميع جوانب الدار في قوته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه

(ولو تم يا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا ما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايو من حيث الزمان والمكان في محل احتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان التهايو في المكان أعدل وفي الزمان أكل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتمه (ولو تم يا في العبدین على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبراً من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تم يا في عبد واحد على أن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا ما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذ كر أن عـذا افرازا ومبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افرازا بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس يصحح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام الا يرى أن كثير من المسائل المتباعدة في الاحكام يعطف بعضهم على بعض على أن التهايو في العبد الواحد وفي البيت الصغير هما يؤمن من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الاتية سيما من الفرق بين التهايو على الاستغلال في دار واحدة والتهايو على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافرازا بناء على لزوم التغير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس يصحح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكره وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبيح بحدث العطف ههنا بما لا معنى له أصلا كالاختي ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كافي الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر فسمه الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانه لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بمنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أسخ لان العارية ليس فيها عوض وهذا يعرض ور بالنساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على

من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتمه (قوله ولو تم يا في العبدین) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاص عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(قوله ولم يذ كر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قبيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أشهر و يعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانهم تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم (ولو تمها بأفهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحساناً للمساخة في اطعام المالك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تمها في دارين على أن يسكن كل واحد منهما مادار اجاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتباراً بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايو فيهما أصلاً بالجبر لما قلنا وبالنزاع لانه يسع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقيقته ما لان يسع بعض أحدهما ببعض الآخر جازاً ووجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجرى فيه جبر القاضي ويعتبر افرازاً أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهم فاعتبر بمبادلة (وفي الدارين لا يجوز التهايو على الركب عند أبي حنيفة وعنهما يجوز) اعتباراً بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الرابين فانهم بين حاذق وأخرق والتما يؤول في الركب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايو في الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضاً) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أي أن القاضي لا يقسمها فان فعل جازو على هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله (ولو تمها بأفهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢) قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ ووجهه بهامش الاصل حتى العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانهم لان أماليلها الا الاسم

٥٨ مصححه

خلاف القياس فيما هو بمبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذاً من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومراجع الدراية أيضاً نوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع يجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبن باللبن والر كوربالر كورب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوي بالقوي نسيئة وقال المصنف هناك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربالنساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصاً بمورد النص وهو البيع غير متعدى الى غيره لما تم استدلال اثنتان في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع يجنسها بربالنساء نعم لناديل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضاً في الكتاب هناك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه قول الفقهاء فاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر بمبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع ومقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضاً مأخوذاً من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضاً أما أولاً فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايو من حيث المكان افراز لجميع الانصباة لمبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولا يخفى أن التهايو في الجنس المختلف انما يتصور بان انتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والاخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايو من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر بمبادلة وأما ثانياً فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف بمبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثلاً واحداً فالمراد مثل أن يتهايا على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جداً سيما في مقابلة قوله من قبيل كافي الثياب والارض وأما ثالثاً فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت بمبادلة من كل وجه ممنوع ان قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقاً لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغيران كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشر كرهوان كان أحناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار خفش التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (فتفوت المعادلة) لان الاستغلال انما يكون بالاستعمال والظاهر ان عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية وقوله (ولو زادت الفلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة وقوله (في ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبي حنيفة في الكيسانيات انه لا يجوز لان قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله (اعتبارا بالتأؤ في المنافع) يعني في الاستخدام المثالي عن الاستغلال وقوله (لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لانه قد يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التأؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجع في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كلمهاياة

وروجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العتار وتغيره في الحيوان انما الى أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما علمنا في نوبة الآخر يشتر كان في الزيادة ليحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التأؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التأؤ مواصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتأؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجع لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتأؤ في المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز

المراد بما ذكره هنا أن قسمة الاعيان في الجنس المختلف اعتبرت بمبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العتار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لان الاستغلال انما يكون بالاسمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الاول لان القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول مة متنى هذا الوجه أن لا يجوز التأؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال اذا الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الاول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التأؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتأؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التأؤ في العبد على الخدمة انما يجوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمها ولا ضرورة في الغلة لانهم أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجي في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لان التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز) وعورض بان معنى الافراز والتمييز راجع في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها فيه صاحبه فكان كلمهاياة في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الاصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظرا قد مر في بيان فوت المعادلة في التأؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال انما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المستثنين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المستثنين من قبل الامامين وعزوه الى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتأؤ في الخدمة يجوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها عينا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتأؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيمد كره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التأؤ في المنافع من قبل بقوله لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلة ههنا ضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد عليين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تمة هذا التعليل لان غلة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لأن كل واحد منهما ماعلة مستقلة الى هنا كلامه أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلان الباطل انما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا تواردهما عليه على سبيل البطل كما تقر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول

في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الافراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الإصح ان المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتي أتت في الخدمة جواز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتأثير في المنافع وبيان الضرورة ما تذكروه بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعياناً فيستغلان على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التأثير في المنافع بقوله من قبل لأن المنافع من حيث الخدمة قبلها متفاوتة وعللها بضرورة تعذر انقسامها وفي ذلك تواردتان مستقلتان على (١٣٣)

والتي أتت في الخدمة جواز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لا مكان قسمتها لكونها أعياناً ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستعصاء في الاستغلال فلا يقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان فخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتم باياً على أن يأخذ كل واحد منهما ما طافقه يستمرها أو رعاها ويشرب ألوانها لا يجوز) لأن المأبأة في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كذا ما بعد مضي فوته أو ينتفع بالابن بمقدار معلوم استقرض صاحبها أذقرض المشاع جائز

﴿ كتاب المزارعة ﴾

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع يبيع بعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالاهي جائزة لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

أدلى بخفي أن المقصود من إيراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبية على أن كل واحدة منها ما تصلح لإفادة المدعي بالاستقلال بدلا عن الأخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة إلى المطلوب ليسلك الطالب أي طريقاً يشاء وأما الثاني فلأن الظاهر من تعاميل المصنف بأحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضوعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما مفاعلة مستقلة ولا يلزم أن لا يفيد شيئاً منها المدعي في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استئصال كل واحدة منهما - ما في الإفادة - إما فله التفاوت فلا أن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلأن الضرورات تنجس المحظورات على ما عرف وليست شعري ماذا يصنع الشارع المزبور في قول المصنف فيما بعد ولأن الظاهر هو التسامح في الخدمة إلى آخره وقد اعترف بأنه وجه آخر لا يبطل القياس وكذا في نظائر ذلك من الأدلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما - ما جزء العلة - لاعلة مستقلة والله الموفق للصواب

﴿ كتاب المزارعة ﴾

لما كان الخارج من الأرض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والرابع باطلة) قال في العناية إنما قيد بالثلث والرابع ليسين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع انتهى أقول يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالحجر وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضاً فكيف يبين بالتقييد بالثلث والرابع محل النزاع فالوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه إنما قيد بالثلث والرابع مع أنه لا يجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركاً لفظ الحديث فإنه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والرابع وإنما خص في الحديث بذلك المكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيهه ما في العناية أن المقصود بقوله إنما قيد بالثلث والرابع مقابلة

من قبل تمتة هذا التعليل لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعاً لأن كل واحد منهما مفاعلة مستقلة وقوله (ولأن الظاهر) وجه آخر لا يبطل القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافاً لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتباراً بقسمة الأعيان الخ وقوله (ولو كان فخل أو شجر الخ) واضح

﴿ كتاب المزارعة ﴾

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغننا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والرابع باطلة) وإنما قيد بالثلث والرابع ليسين محل النزاع لأنه لو لم يبين أصلاً أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالإجماع (وقالاهي جائزة لما روى

ولأنه

أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

(قوله وفي ذلك تواردتان مستقلتان على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف أذقرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائز لأن يقال ليس قرضاً من كل وجه

ولما ذكر في الكتاب من القياس وقوله (لأنه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) يعني لانه يتخلل فعل فاعل مختار وهو كل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم يتحقق فيه الشركة (ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخاربة) ف قيل وما المخاربة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولانه استبحار ببعض ما يخرج من عمله) فانه لا تصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أفقرة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهي أن يقسم الامام ما يخرج (٣٣) من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لانه لو أخذ الكل جارا لانه

عليه الصلاة والسلام ملكها غنمة فكان مترك في أيديهم -م فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجهوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا بينان -مدة معاومة (وهو) أي خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعي الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج في الوجهين) يعني فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه نعاء ملكه) منقوض عن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نعاء ملك

ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان المال قد لا يمتد الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القرمع -مدة بنصف الزوائد لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها فلم يتحقق شركة وله ما روى انه عليه السلام نهى عن المخاربة وهي المزارعة (ولانه استبحار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكرهها ولم يخرج شيء منه فله أجر مثله) لانه في معنى اجارة فاشد وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نعاء ملكه ولا خراج كما فصلنا

القييد بالاطلاق لا مقابلة التقييد بالتقييد يعني أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكمية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه ما فيه كما ترى (قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح في المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتعقد شركة بينهما -مافي الربح وههنا كذلك انتهى أقول لم يجز في المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هنالك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وههنا جاز ما سمي أي في الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقرة والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقرة أيضا مال وقد اجتمع مع العمل في أحد الجانبين فكيف يتم اعتبارا بالمضاربة فتأمل (قوله لانه لا أثر هنالك للعمل في تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل لانه أي الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عند مسامحة أن يحمل الضمير في قوله لانه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء ههنا مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشرين خيبر من أرض العرب اه أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر في الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقرأها عليها على الكفرة فان مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبي عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفرة وذروا أرض العرب طولا وعرضا في الباب المذكور فحقن ذلك في موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب (قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نعاء ملكه) قيل قوله لانه نعاء ملكه منقوض عن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نعاء ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(٥ - ن تكملة ثامن) صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الأمر وقوله (كما فصلنا) اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ

(قال المصنف ولان الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبي عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه في باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشرين خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره ما يدل على الأغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض عن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نعاء صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق في الغصب

وقوله (الآن الفتوى على قولهما) (٣٤) وانضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يمكن

الآن الفتوى على قولهما الحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامه بها والقياس بترك التعامل كافي الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يحيزها شرط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقداً لا يصح الا من الامن الاهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هي العيار له العلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعاً للمنازعة واعلاماً للعقد وعليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً وما لا يعلم لا يستحق شرطاً بالعقد (والثالث أن يحل رب الارض بينهما وبين العامل حتى لو شرط على رب الارض بفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لانه ينفع شركة في الانتهاء فإيا قطع هذه الشركة كان مفسد العقد

باختاره وتخصمه فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضاعفاً الى الآخر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلاً والجواب غير دافع لما ذكرنا من الاول فلان الزرع في الصور المذكرة ليس ببناء ملك صاحب البذر وانما هو غنائه ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك الغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمتها عندنا ومثل ذلك بأمثاله منها ما اذا غصب خنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع بصير ملك الغاصب فيكون الزرع غنائه ملكه قطعاً وأما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه غنائه ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملاً لنفسه باختياره والاخر عاملاً لغيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الآن الفتوى على قولهما الحاجة الناس اليها واظهر تعامل الامه بها والقياس بترك التعامل كافي الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس بترك التعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجاع على والاجاع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرفت في علم الاصول فبقى تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الخبارة وهي المزارعة سالماً عما يدفعه فواجهه الفتوى على قولهما ما يمكن أن يقال له ما أن يدفع ذلك بحمل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئاً معلوماً من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا وقد أشار اليه صاحب الكفاي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل فلاننا نصوص الواردة في المجتمعات صور النصوص والا لا يحل لاحد خلاف فيها أو نحو ملها على ما اذا شرط شرطاً مفسداً فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئاً معلوماً من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندنا الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضاً بالشرط فلا بد أن يكون معلوماً) أقول لاشك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فقد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينفع شركة في الانتهاء فإيا قطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضه والقياس بالي جواز الاجارة المحضه باجره مدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كإياي جواز قياس الاجارة المحضه باجره مدوم بالي جوازها باجره موجوداً أيضاً اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس

فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالباً لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أي لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي العيار لها أي للمنافع بمنزلة السكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر للارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلا بد من بيان ذلك بالاعلام وقوله (فإيا قطع هذه الشركة كان مفسداً للعقد) لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضه والقياس بالي جواز الاجارة المحضه باجره مدوم

(قال المصنف والقياس بترك التعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف والا أقوى لا يترك

بالادنى وسيجيئ ما يضاف في فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا يعتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر وأليكون في معنى أن مع الفعل

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلابد من بيانه ليعلم أن الخارج من أي نوع ولولم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذر لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوض الرأي الى المزارع أولم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهي عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أو لا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة في الانتماء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تصور الشركة فتعين الثاني وهو اما أن يكون بينهما بالتعصيب أو بإثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور في المختصر

(قال المصنف وهي عندهما على أربعة أوجه) أقول أي المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

(والشأن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهي عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياط الخياط بآلة الخياط

بأي جواز الاجارة مطلقا كون المعقود عليه الذي هو المنفعة غير موجود في الحال لكننا جازناها استحسانا لاجابة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائهم الاجارة محضة فالأظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعاً ثم أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فترع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فبإقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فسد جعل ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة في الانتماء فتراده أن عقد المزارعة شركة في الانتماء وان كان اجارة في الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا في انعقاد المزارعة فبإقطع هذه الشركة يبقى المعنى المعتبر في انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهي عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة في الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتنشأ شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا على جوازها في الارض والعامل لورود الشرع فيه فيما أما في الارض فآثر عبد الله بن عمر رضي الله عنه وتعامل الناس وأما في العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر وتعامل لم يرد الشرع به في البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخر أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما متبعاً للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع في غيرهما وهذا هو الاصل الذي تدور عليه مسائل المزارعة كذا في الشروح وأشار اليه في الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجود على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو بما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس العمل والبقر من جنس المنظور اليه الاستئجار فيجعل كآن العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما متابعاً للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرغ الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه يجوز في الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجرا الارض وأن يجعل رب الارض مستأجرا العامل ولا مجال فيه للاول بل لابد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله في هذا الوجه وقد تقرّر فيما مر في الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف في تعليل جواز المزارعة في الوجه الاول لان البقرة آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياط

أن يكون الأرض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الأول في الكتاب وأن يكون الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثاني أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الأرض والبذر لآخر وهو الوجه الثاني والآخر أن يكون العمل لأحدهما والباقي لآخر وهو الوجه الثالث وعلى جائز إلا الرابع ووجه كل واحد مذکور في الكتاب وسأوضحه والمذکور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه جائز أيضا وأعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وقباحتها على أن المزارعة تنعقد بأجرة وتتم شركة وانعقادها بأجرة إنما هو على منفعة الأرض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبقر لأنه لا يستجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز في الأرض والعامل أيضا كجوازها بالنص على خلاف القياس وإنما ورد النص فيمحدون البذر والبقر أما في الأرض فأثر عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا بالاشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا (٣٦)

(وان كان الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لأنه استجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة (وان كانت الأرض والبذر والبقر والبذر والبذر والبذر من آخر جازت) لأنه استأجره للعمل بالهـ المستأجر قصار كما إذا استأجر خياط الخياط ثوبه بآرته أو طبايا بالطين بآرته (وان كانت الأرض والبقر والبذر والبذر والبذر لا خرفه في باطله) وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذلك إذا شرط وحده وصار كجانب العامل لخياط بآرته الخياط فإنه بمنزلة التصريح بأن المستأجر في هذه الوجه غورب الأرض والعامل هو الأجير كخياط (قوله وان كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر والبذر والبذر جازت لأنه استجار الأرض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول فيه نظرا لأن سلم أنه استأجر الأرض ببعض معلوم كما إذا استأجرها بدراهم معلومة فإن استجار الأرض ببعض من الخارج استجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضي أن لا يجوز المزارعة مطلقا لكونها استجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكننا جوازنا بما إذا كانت استجارا لمنفعة الأرض أو العامل استجارا بالنص والتعامل ولم نجوزها بقياس سوى ذلك علا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق في تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لأنه استجار الأرض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذلك إذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال في العناية ووجهه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذلك إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته للجائز وضعف جهة البقر معها ما فكان استجارا للعامل وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذا في

أهل خبير والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الأرض فكان حينئذ مستأجر للعامل بذلك فاقصرنا على الجواز بالنص فيه ما سبق غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استجار الأرض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استجار الأرض أو العامل بذلك لكونه مـورد الأثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استجار الآخر أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير

متجانسين ولكن المنظور إليه ذلك والضابط في معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غير هـ فهو جنس آخر فإذا عرف هذا فلا علينا في تطبيق الوجود على الأصل المذكور فأما الوجه الأول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فإن الأرض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور إليه الاستجار يجعل كان العامل استأجر الأرض أو رب الأرض استأجر العامل والوجه الثاني والثالث مما فيه استجارا الأرض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لأن المشروط شيئا غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فإن الأشرف أو الأصل يجوز أن يستتبع الآخر والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال في الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أي على رب الأرض جاز فكذلك إذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل إذا شرط البقر عليه

(قوله وهي جائزة إلا الرابع) أقول أي الوجه المذكور جازة إلا الرابع (قوله والمذکور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لأنه استجار ببعض الخارج والقياس يقتضي أن لا يجوز) أقول يعني أن لا يجوز الاستجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور إليه ذلك) أقول كما يستتبع وبقوله ذلك إشارة إلى استجار الآخر (قوله والمنظور إليه الاستجار يجعل كان العامل استأجر الأرض) أقول فيه بحث إما أولا فلا لأنه بخلاف المشروح وأما ثانيا فلا لأنه بخلاف لما صرح به نفسه صراحا أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر إذا اجتمع مع الأرض استتبعته النجاس وضعت وجهه البقر معه فما كان استنجاراً للعلم - وأما إذا اجتمع الأرض والبقر فلم تستتبعه وكذلك في الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلاً ولذا قال أن يقول استنجار الأرض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح ويلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلاف الله تعالى لا مدخل له في الدليل وإنما ذكره لأنه لما أنصف منفعة الأرض إلى قوة في طبعها اتوهم أن ينسب إلى القول بالطبيعة قد دفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدروري رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك وبقي عليه إشكال وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الأرض صارتا مسلمتين إلى صاحب البذر سلامة الخارج له حكماً وكذلك أن لم يخرج الأرض شيئاً لأن عمل العامل بأمره في القاء بذره كعهده بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله في الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكره أي القدروري وصاحب الهداية جميعاً وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والأرض من آخر والأرض من آخر قال محمد رحمه الله

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلاف الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لأخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضاً لأنه لا يجوز عند الأفراد فكذلك عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتباراً بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضاً للبذر قابضاً له لاتصاله بأرضه

الجانب الآخر فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره فكان باطلاً اهـ أقول في هذا الجواب بحث أما أولاً فلا فلان البذر إذا اجتمع مع الأرض تعين أن يكون رب الأرض مستأجراً والعامل أجيراً فلا يبقى الحديث استتباع الأرض البذر محل لأن المصير إليه للاحتراز عن لزوم استنجار البذر أصالة وإذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استنجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استنجار البذر سواء استتبعته الأرض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير في هذه الصورة قط وأما ثانياً فلا فلان قوله فكان في كل من الجانبين معارضة بين استنجار الأرض وغير الأرض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استنجار كل من جانبي رب الأرض والعامل في الصورة المذكورة وقد مر مراراً أن البذر يعين الجانب الذي وجد فيه لأن يكون مستأجراً لا خرافاً لوجهه في الجواب أن يقال إذا شرط البذر والبقر على رب الأرض كان استنجار العامل لا غيره أصلاً فكان صحيحاً قطعاً وأما إذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استنجار الأرض وغيرها الذي هو البقر وليس الثاني تابعاً للاول لعدم التجانس كما بين في وجهه ظاهر الرواية فكان باطلاً لعدم ورود الشرع لاستنجار البقر أصالة يعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

الأرض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهماً لأن ذلك كان أجر مثله عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معاً وما من أجر للعامل (قال المصنف لأنه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والأرض وبين البذر والبقر لأن الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والأرض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع في أرض مباحة فهو معه ودولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معه ودولاً لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا العمل الاولي أن يقال انما لم يقل كذلك لأن المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن النص في المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فإن أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقي عليه إشكال) أقول يعني على الرواية الاولي (قوله وهو أن صاحب الأرض لم يسلم الأرض إلى صاحب البذر ويستوجب عليه أجره حق الخ) أقول لا بد من التأمل أنه لم لا يحكم بأجر مثل العامل مع أنه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله ويجوز لصاحب الفدان أجراً) أقول الفدان البقر الذي يحيرت به على وزن الفعل بالتشديد

قال (ولا نعلم ان زراعة الاعلى مدة معلومة) لما بينا (وان يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا للمعنى
 الشركة (فان شرط الاحد منهما ان يملك ما يملكه الآخر) لان به تنقطع الشركة لان الارض عداها
 لا يخرج الا هذا القدر فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 صاحب البذر بذره ويكرن الباقي بينهما فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط ارفع الخارج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما
 لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او لآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع
 فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط ارفع العشر وقسم الباقي بينهما او لارض عشرية قال (وكذا
 اذا شرط ما على الماذيات والسواقي) معناه لاحد منهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
 افدى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج
 من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية اخرى

وقد رجحنا آخر لم يذكرا جميعا وهو ان يشترط أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر
 والبقر من آخر والارض من آخر أقول الظاهر أن الكلام في العقد الجارى بين الاثنين والافقة وجوه
 آخر لم يذكرا واحدا ولا أحد غيرهما ما هو أن يشترط ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر
 والباقيان من آخر أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر أو على أن
 يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة
 فكان التعرض ههنا الوجه الذي ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدوقين هذا ترى عامة الشراح
 لم يتعرضوا أصلا والاولى ههنا أن يقال ونعمة وجه آخر لم يذكرا جميعا وهو أن يكون البقر لاحدهما
 والباقي الثلاثة لآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الواجهة في صدر المسئلة
 وبيان انحصارها عقلا في سبعة وقال ان حكمه كحكم أن يكون البذر لاحدهما والباقي لآخر
 وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد في كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن
 الوزاعي عن واصل بن أبي جيل عن مجاهد أنه وقع في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الغي رسول
 الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل
 درهم الكل يوم وأحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيئا
 من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهمان لان ذلك كان
 أجر مثل عمله ولم يذكرا أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيه المروي
 عن النبي عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلان كون معنى قوله ألغى صاحب الارض
 لم يجعل له شيئا من الخارج مما ياباه مقابله قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب
 العمل درهم الكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان وأصاحب العمل أيضا شيئا من الخارج بل جعل
 لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوي فكيف يحسن مقابلهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذي
 ذكره اللهم الآن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعد ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت اليه
 وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هناك ما يقتضى كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه
 استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكرا أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل
 منظوره انه لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما
 نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين
 مؤخرا عن المبهم في الذكر اللهم الآن يقال كان العرف جاريا في ذلك الزمان على اعتبار تساويهما
 في الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن لا يظهر عنده أن يكون

قال (ولا نعلم ان زراعة الاعلى مدة معلومة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عداها
 لا يخرج الا هذا القدر فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 صاحب البذر بذره ويكرن الباقي بينهما فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط ارفع الخارج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما
 لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او لآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع
 فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط ارفع العشر وقسم الباقي بينهما او لارض عشرية قال (وكذا
 اذا شرط ما على الماذيات والسواقي) معناه لاحد منهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
 افدى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج
 من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية اخرى

قال (ولا نعلم ان زراعة الاعلى مدة معلومة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عداها
 لا يخرج الا هذا القدر فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 صاحب البذر بذره ويكرن الباقي بينهما فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط ارفع الخارج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما
 لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او لآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع
 فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط ارفع العشر وقسم الباقي بينهما او لارض عشرية قال (وكذا
 اذا شرط ما على الماذيات والسواقي) معناه لاحد منهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
 افدى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج
 من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية اخرى

قال (ولا نعلم ان زراعة الاعلى مدة معلومة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عداها
 لا يخرج الا هذا القدر فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 صاحب البذر بذره ويكرن الباقي بينهما فلهذا كثر طرأ دراهم معدودة لاحد منهما في المضاربة وكذا اذا شرط ان يرفع
 بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرط ارفع الخارج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما
 لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او لآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع
 فلا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط ارفع العشر وقسم الباقي بينهما او لارض عشرية قال (وكذا
 اذا شرط ما على الماذيات والسواقي) معناه لاحد منهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
 افدى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج
 من ناحية معينة ولا يخرج من ناحية اخرى

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والاتباع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا بالتبع الاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهم لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نص عليه كغناصير ما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرط التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك بشرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الاتبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت (٣٩) صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج فان أخرجت فانخرج

على ما شرط الصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم يخرج فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل عن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كما لا يمكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بأن الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض

(وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الاتبن (وكذا اذا شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرط الحب نصفين ولم يتعرض للاتبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه غناء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكت عنه وقال مشايخ بلخ رحمه الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرط الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرط التبن لاخر ففسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الاتبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل في الذمة ولا نفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم حزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجر مسمى يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجر اسماءه ولكن لا أجر مخصصه كما أجر مخصص ما جعله لصاحب العمل وقوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الاتبن أقول في هذا التعليل قصورا على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الاتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الاتية المتصلة بهم وكان صاحب السكا في تنبيهه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجع المسئلة في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللاخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل) أقول عبارة الكتاب

الاصل قبض افرعه والاجرة العين اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن يخرج الارض وأن لا يخرج في وجوب أجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا نفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيئا فالخارج لصاحب البذر

(قال المصنف وكذا اذا شرط لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر التقرير بأباه وان كان ما يعمله ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطافا فان التبن غناء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما ينبغي فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساده وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد ففسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتشبه اذا أورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقرة من المزارع فتأمل (قوله والاجرة العين اذا هلك بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة اشارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى

فقال (واذا عقدت المزارعة) في هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أو غير وهو لازم في حال دون حال أما بعد الفاء البذر في الأرض فإنه لازم من الجانبين ليس لأحدهما فسخه الآخر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي على العقد لا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر في الحال فصارت كمن استأجر رجلا ليدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يحق له بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ما التزمه بالعقد لأنه التزم أتمه العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بغزلة الاجارة الا اذا كان عذري فسخ به الاجارة) كالمريض المانع للعامل عن العمل والدين الذي لا وفاء عنده لا يبيع الأرض (فتفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الأرض) (٤١) والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل

الكراب) لان المأثني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لأنه غره في الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه في الاجارات) وهو قوله لأنه لو بقي العقد صار بالمنفعة المملوكة أو الاجرة غير المتعاقدين مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجب وزوفي الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصل الزرع نظرا للمزارع فإنه في الزرع غير متعد فلم يبق العقد وانتقل الأرض إلى ورثة ربه القلع والزرع وتضرره المزارع ولا يجوز الخاق الضرر على غير المتعدي

قال (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لأنه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصارت كمن استأجر رجلا ليدم داره (وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لأنه لا يحق له بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بغزلة الاجارة الا اذا كان عذري فسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع فلا شيء له في عمل الكراب) قيل هذا في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لأنه غره في ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين

الأرض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فكتفي بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدوري والمؤاخذة بقصورها في افادة تمام المراد انما ترد على القدوري فالتعليل الذي ذكره المصنف بعدم مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلان تسليم جريان التعليل المذكور وقامه في صورة استئجار الأرض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بشكل عن استأجر رجلا بعين فعل الاجير وهو ملك العين قبل التسليم فإنه يجب على المستأجر أن يجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وذلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا ذلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجر العين اذا ملكته بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شيء آخر فكذا ههنا انتمى ولا يذهب عليك أن هذا الجواب لا يتشبه في صورة استئجار الأرض فان رب الأرض لا يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبض الفرعه فلم يتم التعليل المذكور في حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض فلا شيء له في عمل الكراب) لان المأثني به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا في عامة الشروح وقال بعد ذلك في النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لأنه استأجر الأرض ليقوم العمل فيه لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره أثبتى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا ونقرأ أن البذر اذا كان من قبل رب الأرض تعين ان يكون المستأجر هو رب الأرض والمفروض في مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الأرض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الأرض ليقوم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما في الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصل الزرع كذا في الشروح وعزاء في النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والخيرة وقال بعد ذلك في العناية

(٦ - تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها في ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الأرض فقط (قوله تنذر سوى ما التزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرره المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الأرض فالقلع اتلاف مالهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجابا بعد ما ظهر حقه

(المثبتات لزوم في السنة الأولى) وفيه كبر حجاب مأمونيت عند موته وأمه تركت ذمها على دخولها في إطلاق أول المسئلة (والمراتب الأرض قبل الزراعة بعد ما كبر العامل الأرض وحفر الأثام وانتفعت المزارعة لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع والشرع يعيد هذا (وإذا صنعت المزارعة بدين فأدح) أي ثقل من نفسه الأمر للعامل عند الحاجة) (٤٢)

فلما رأت الزرع في السنة الاولى ولم يخصه الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستقره الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيه ما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شيء للعامل بمقابلته ما عمل) لما تبينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادع الحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها باجاز) كما في الاجارة (وليس لعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تقوم بالعقد وهو انما يقوم بالتأجير

أي أنزله (خلق) مستحب
 الأرض أجرة له إلى بيعها
 جاز (الفسخ) (كأنه في
 الاجارة) والنزيبه بالاجارة
 يشير الى أنه اختار رواية
 الزيادات فإنه عليه ما لا بد
 لحجة الفسخ من القضاء
 أو الرضا لأنها في معنى
 الاجارة وعلى رواية كتاب
 المزارعة والاجارات
 والجامع الصغير لا يحتاج
 فيه الى ذلك (وليس للعامل
 أن يطالبه بما كرب
 الارض وحده انما يرثي
 لان المنافع انما تقوم
 باله قد وهوا نافع بالخارج
 فاذا انعدم الخارج لم يجب
 شيء) وهذا هو الموعود وقد
 ذكرناه من قبل قال في
 النهاية وهذا الجواب بهذا
 التعليق انما يصح أن
 لو كان البذر من قبل العامل
 أما اذا كان البذر من قبل
 رب الارض فلا عامل أجر
 منه لعله وذلك لان البذر
 اذا كان من قبل العامل
 يكون من أجره لا الارض
 فيكون العقد واردا على
 منفعة الارض لا على عمل
 العامل فيستحق عمل العامل
 من غير عقد ولا شبهة عقد
 فلا تقوم على رب الارض

واعلم أنه أراد بقوله وإذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لأن الذي يكون قبله مذكور فيما يليه ولم
يفصل بين ما إذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه مذكر جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت
الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في إطلاق
أول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لأن ما ذكر في أول المسئلة أنما هو جواب القياس كما صرحوا
به تأطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراد به الجواب في قوله ولكنه مذكر
جواب النابت في قوله في وجه الاستحسان فلما نبت الزرع في السنة الأولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت
عند موته اعتماداً على جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتماداً على دخوله في أول إطلاق
المسئلة ولا ريب أن دخوله في جواب القياس لا يقتضي دخوله في جواب الاستحسان أيضاً وعن هذا
اختلف المشايخ فيه كما صرح به في الذخيرة حيث قال وإذا مات رب الأرض بعد الزراعة قبل النبات هل
تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله وإذا فسخت المزارعة بين فادح لحق صاحب الأرض
فاحتاج إلى بيعها جاز كافي الاجارة قال في النهاية ثم هل يحتاج في فسح المزارعة إلى قضاء القاضي أو إلى
الرضا ذكر في الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية
الزيادات لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه إلى
القضاء ولا إلى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذوا برواية الأصل
والجامع الصغير انتهى وقال في العناية والتشبيه بالاجارة يشير إلى أنه اختار رواية الزيادات فأنه علم لا بد
لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها في معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع
الصغير لا يحتاج فيه إلى ذلك انتهى أقول فيه نظر لأن التشبيه بالاجارة اغماصاً للصحة للإشارة إلى أنه اختار
رواية الزيادات أن لو كانت الرواية في الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها إلى القضاء أو الرضا أو كأن
المصنف قد اختار هنالك سر يحاربه رواية افتقار الفسخ إلى أ. م. هـ ما ولم يكن شيء منهما فإن المصنف قال
هناك ثم قول القسود في فسح القاضي أشار إلى أنه يفتقر إلى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في
الزيادات في عذر الذين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر في الاجارة فيه تنقض وهذا يدل على
أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كسب الأرض وحفر
الانهار بشئ) قال في النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور في صور ثلاث ذكر في الكتاب

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض حتى كان رب الأرض مستأجراً، لئلا أمل فكان العقد وارداً على منافع الجير فيتمتعون
بمنافعه و٤٠ على رب الأرض ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله كذا في الذخيرة محالة إلى مزارة شيخ الإسلام رحمه الله وفيه نظر

(قوله اعمه ادا على دخوله في اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليل بعراة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل في اطلاق أول المسئلة وسيجيى في هذا الدرس من الشارح في مسئلة النسخ بعدد الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كفى الاجار

لان منافع الاجير وعمله انما ينفق على زب الارض بالعقد والعقد انما يقوم بالخسارح (فاذا انعدم الخسارح لم يجب شيء) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صورتين ثلاث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه ان لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التأخير ان كان انحرارا بالغرماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع ببيع الارض ولم يكن هو ظالم في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا انه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان

التميز عين قائم لان التميز استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التميز وقال بعضهم ليس له ذلك لان التميز استثناء مال وليس باستهلاك ولهذا عاكك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يمكن استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء

فاذا انعدم الخسارح لم يجب شيء (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تباع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع ببيع الارض لم يكن هو ظالم والحبس جزاء الظلم قال) واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهم ماعلى مقدار حقوقيهما) معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصير له وانما كان العمل عليهم لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقول حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يخص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبت الزرع وقبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التميز استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التميز وكان الشيخ أبو إسحق الخفاف يقول ليس له ذلك لان التميز استثناء مال وليس باستهلاك الا يرى أن الاب والوصي يمكن زراعة أرض الصبي ولا يمكن استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التميز استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التميز وقال بعضهم ليس له ذلك لان التميز استثناء وليس باستهلاك ولهذا عاكك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يمكن استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بجواب جدد اذ قد اعتبر في الصورة

المسدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيه بالتبعية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع هي مؤنة الحفظ والسقي وكرى الانهار عليهم ماعلى مقدار نصيبه ما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر وجه ذلك اننا لو امرنا العامل بقطع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان أبقناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقينا به بالاجر تعدد بلا للنظر من الجانبين والعمل عليهم الماذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

(قوله وحكمه ان لا تباع) أقول اذا لم يبيع لم يفسخ العقد (قوله وان بقيناه بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة على الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير إذن صاحبه فيه وبتسلوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يبال هو مضطر لاجراء حققة فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضرار (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويحيز رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمختص في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أوجب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه وباجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يدع عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن (٤٤)

(فان أنفق أحدهما بغير إذن صاحبه وأضر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلالم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع أن يأخذ بقله لقل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفق في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولومات المزارع بعد نيات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصل الزرع وأبي رب الارض فليهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض (ولا أجبرهم بما عجزوا) لاننا بقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفع والدياس والتذرية عليه ما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهي بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليه ما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما بقصد العقد كشرط الجبل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل باعتباره بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكاه اذا العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرفع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تميز الحب من التبن بالريح ولما كان القيد ذكرا هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس بمختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نيانه فاني يتصور دخول احدهما في الاخرى وان أراد بذلك دخوله في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجه العلم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها حكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو حكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الاخر والوجه عندى أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسي بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا أنه لم يثبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادخل له أن يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظره وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمختص فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أوجب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع

هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحدا من الماعدين قال - يفسد حاله شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذلك المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما يثبت وينبى ويؤيد في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعها الى البيدر اذا شرط شيء منها على أحدهما فسد في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالى عن أبي يوسف أنهم اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبار الاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شيء فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التحيز

وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا والمصنف جعل الأعمال ثلاثة ما كان قبل الإدراك كالسقي والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الإدراك قبل التسمية كالخصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد التسمية كالجلل إلى البيت والطين وأشباه ما ردها لسان أعمالها فيكونان علم - ما لكن فيما هو قبل التسمية (٤٥) على الاشتراك وفيما هو بعد

على كل واحد منهما - ما في نصيبه خاصة ليعتبر ما في كل واحد منها عن ذلك الآخر فكان التدبير في ملكه إليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أي المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لأنه مال مشترك) سمى مشتركاً بعد التسمية باعتباره ما كان وقيل باعتبار أن المجموع بهد التسمية بينهما ألا ترى أن نصيب كل واحد إذا كان معاً في قرية يقال لهم شركاء في القرية

كتاب المساقاة

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي صلى الله عليه وسلم أشل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة

(قوله وقال شمس الأئمة هذا هو الأصح في ديارنا) أقول وفيه بحث لأن

قال شمس الأئمة السرخسي هذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ فهو على العام - وما كان منه بعد الإدراك قبل التسمية فهو على ما في ظاهر الرواية كالخصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد التسمية فهو على ما في المعاملة على قياس هذا ما كان قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد والحفظ فهو على ما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد التسمية فهو على ما لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الخصاد في الزرع على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل الفصيل أو جد الترسير أو انقضاء الرطب فذلك عليهم ما لأنهم ما أنتميا العقد لما عزموا على الفصل والجداد يسر أقصا ما كان بعد الإدراك والله أعلم

كتاب المساقاة

(قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطله وقالا جائز إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزء من الثمر مشاعا) لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فإنه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فرمى بخلاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بذلك كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول إن رب الأرض أيضا ليس بمنعنت في طلب القلع بل هو يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الإبقاء فرمى بخلاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفي بنفقة عصته فاستأمل اه

كتاب المساقاة

قال في غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لأن المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوي المساقاة على المزارعة في مختصره إلا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع في عامة البلاد وكان الحاجة إليها أكثر من المساقاة فقد قدمت على المساقاة ولأن المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الأئمة كانت الحاجة إلى علمها أكثر من تقدمت ولأن تفريعها أكثر من تفريعها المساقاة انتهى أقول في تقريره نوع خلل فإنه قال في أوائل كلامه لأن المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضي عدم وقوع الخلاف أصلا في جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لأن أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر في نفس الكتاب حيث قال أبو حنيفة المساقاة يجز من الثمر باطله وكذا قول لم يجوزها كما ذكر في عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر إلا أن اعتراض موجبين صوب إيراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج إلى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثاني كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة إلى المساقاة أقول فيه أيضا شيء وهو أن قولهم ولورود الأحاديث في معاملة النبي عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فإن الأحاديث كما وردت في حق المساقاة وردت في حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الأحاديث الواردة بطرق شتى في قصة أهل خيبر - وعن هذا قال المصنف في أوائل كتاب المزارعة وهي يعمى المزارعة فاستدعى حنيفة وقالاً جائز لما روى أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكأن كلامنا فريق الشراح اطلع على ما في

كونها أصح إما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شيء من سماع الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهوماً الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون اسمهم معه يوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أي حنفية كالمزارعة (٤٦) وبه أخذ زفر وجائرة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتبع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه به لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرطت ارفعه من رأس الخارج تقسدت فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها جارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كما وقت معلوم وقبلها يتفاوت ويدخل فيهما ما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا باعتزله ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وريبعاً والانتهاه بناء عليه فمدخله الجاهل وبخلاف ما اذا دفع اليه غرساً فدخل في المزارعة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقودة الاراضي وضعفها فتفاوتوا فاحشاً وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليه أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس اذ ذلك نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أدخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه يجوز من ثمره وقال في الحاشية مفهومها اللغوي أعم من الشرعي لاعمته كقولهم صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذا نظرنا أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد به المعاملة الشاملة للبذل والجارح وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي ولا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلونها على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضاً بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشروط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شروطاً للمساقاة فان شروط المساقاة أربعة كائنص عليه الامام فاضيل في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضاً وشروط المزارعة ثمانية كما صرح في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شروط المساقاة هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال أي وشروطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شروطاً للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها وعدم جوازها على القولين كما صرح في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة

والمساقاة هي المعاملة (بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهوماً الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون اسمهم معه يوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أي حنفية كالمزارعة) وبه أخذ زفر وجائرة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا يجوز المزارعة الاتبع للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه به لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطت الشركة في الربح دون البذر بأن شرطت ارفعه من رأس الخارج تقسدت فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها جارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لا درا كما وقت معلوم وقبلها يتفاوت ويدخل فيهما ما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا باعتزله ادراك الثمار لانه نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وريبعاً والانتهاه بناء عليه فمدخله الجاهل وبخلاف ما اذا دفع اليه غرساً فدخل في المزارعة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقودة الاراضي وضعفها فتفاوتوا فاحشاً وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليه أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس اذ ذلك نهاية معلومة

الاشجار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع لانها نباتها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كالأطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازاً محضاً (قوله يعني شرائطها هي الشروط التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لأنهم اتهموا تركت في الأرض) دليل الرطبة ولم يذكروا دليل الخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى تذهب أصولهم - لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لا يخرج الثمر فيها) أي في الوقت أنه بتأويل المدة قال (وتحجز المساقاة في الخيل والشجر) هذا بيان ما تجرى فيه المساقاة ولا تجرى فيه وخصص الشافعي رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خبير وكان في الخيل والكرم (ولأن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضي (٤٧) عموم الحكم ولا نسلم أن أثر خبير

خصه ما لأن أهلها يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولست سلما ذلك لكن الأصل في النصوص التعديل لاسماعيل أصله فان بابا عنده أوسع لأنه يرى التعديل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التمييز على كونه جامعا بين الأوصاف وأما نحن فإنا لانجوزه بالعلة القاصرة ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول النقص وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح وقوله (لما قدمناه) وفي بعض النسخ على ما قدمناه إشارة إلى ما ذكره في المزارعة بقوله (وإذا عذرت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لا تشمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر في الحال بالقضاء بذره في الأرض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لا يمكنه

لأنهم اتهموا تركت في الأرض فجعلت المدة (ويشترط تسمية الجزع مشاعا) لما بينا في المزارعة إذا شرط جزع معين يقطع الشراكة (فإن سمي في المعاملة وقتنا يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لقوات المقصود وهو الشراكة في الخارج (ولو سمي بمدة قد يبلغ الثمر فيها أو قد يتأخر عنها اجازت) لأنها لا تنقضي بقوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشراكة لحصة العقد وان تأخر فلا يعمل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلا لأن الذهاب بأقفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال (وتحجز المساقاة في الخيل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجسد لا تجوز إلا في الكرم والخيل لأن جوازها بالآثر وقد خضع ما وهو حديث خبير ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خبير لا يخصها ما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فلا يصل في النصوص أن تكون معلولة سمي على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر على ما قدمناه قال (فإن دفع فخلافه عزم مساقاة والتبريز يد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد الانتهاء والادراك فلو جوزهناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يردبه الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقيق الحاجة إلى العمل

الاتباع الخ فإنه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تابعة لما كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الأقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لا يذهب على ذي فطانة (قوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض فجعلت المدة) قال صاحب العناية وقوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض دليل الرطبة ولم يذكروا دليل الخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى يذهب أصولهم - لأنه لا نهاية لذلك فكان غير معلوم وفي نسخة فكان معلوما انتهى - أقول فيه كلام أما أولا فلان كون قوله لأنهم اتهموا تركت في الأرض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه في المجموع كيف لا ولا شك أن الدليل وهو قوله لأنه ليس لذلك نهاية مساومة يعزم المجموع فينبغي أن يتم ذلك الدليل أيضا للمجموع عند ما كان ذلك وأما ثانيا فلان ما ذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل الخيل والرطبة إذا شرط القيام عليهم ما حتى يذهب أصولهما ليس بتام أما على النسخة الأولى التي معناها لأنه لا نهاية لذلك أي لزمان ذهب أصولهما فكان أي المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلأنه يرد عليه أنه إنما يفيد تحقق تنكك الصورتين أيضا ولا يتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التي معناها لأنه لا نهاية لذلك فكان معلوما أي كان دليل تنكك الصورتين معلوما فلنظروا فساد جهالة المدة العقد فلم يحتج إلى ذكره فلأنه يرد عليه أن يقتضي أن لا يذ كر دليل الرطبة أيضا لأن ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغي أن لا يذ كر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل

الانقضاء لا يبيع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يردبه الشرع) لأنهم اجوزت بالآثر فيها يكون أجر العامل بعض الخارج (قوله ولم يذ كر دليل الخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله ويشترط قيام الدليل الخ) أقول زائد على شرط قيام دلالة التمييز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالقضاء (قوله وقوله ولم يردبه الشرع لأنهم الخ) أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء العقد دفعا للضرر عنه وأساقى القياس فقد انتقضت المساقاة بينهما ما كان البسر بين ورثة صاحب الأرض وبين العامل نصفين ان شرطاً أنصافاً لان صاحب الأرض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنقض موت أحد المتعاقدين والباقي واضح علم بما ذكر نظيره في المزارعة وقوله (وهذا اخلافة في حق مالي) جواب عما يقال كان للورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم في شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا الاول) (٤٨) يعني صورة الموت (سواء العامل بالخيار ان شاء عامل كما كان يعمل

قال (واذا فسدت المساقاة فلا يعمل أجراً مثله) لانه في معنى الاجارة الفاسدة وصار كالزراعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الأرض والخارج بسر فلا يعمل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر بتخيار ورثة الآخر بين أن يتسما والبسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الأرض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموا بسرًا كان صاحب الأرض بين الخيارات الثلاثة التي بينها (وان ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل) اقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لأن يكون وارثه في الخيار (فان أبي ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض) على ما وصفنا قال (واذا انتقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا الاول سواء وللعامل أن يقوم عليه الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهم ما لانه لماوجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر بخلاف أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جلتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لانه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان في الزامه استجار الاجارة زيادة ضرر عليه ولم يلزمه فيجعل ذلك عذراً

لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استجاره) وان أبي تسير الآخر بين الخيارات الثلاثة بخلاف المزارعة في عذراً فيهما اذا انتقضت مدة المزارعة لان الأرض يجوز استجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره في الكتاب وهو راضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا في الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مضمونة وهي المتقودة عليهم فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أي في الاجارة وكلامه واضح

(قوله ولو التزم العامل الضرر بتخيار ورثة الآخر بين أن يتسما والبسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه بخصته فقط يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضاً انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لاشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بخصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به في هذا المقام فان عبارة الكافي للعلامة النسفي وعبارة شرح الكافي للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرهما هكذا وان شأوا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر كما مر في المزارعة انتهى ولا شك أنهم اصريحة في أن ما يرجعون به

(قال المصنف ويرجعوا بذلك في حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعي في رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضي ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلورجعوا عليه

بخصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهم ما حتى يستحق المئوية بخصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضاً انتهى قلت لاشكال اذ معنى الكلام يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بخصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة الخ يعني بعض هذه المساقاة فانها تبقى استحساناً بخلاف ما اذا انتقضت مدة العقد في المزارعة على ما مر لكن لك أن تقول بقاؤها استحساناً كان نظراً للعامل فاذا التزم الضرر ينقض العقد صريح به في النهاية

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره ههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذروا تأويله أن يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما اذا دفع اليه الخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا (٤٩) في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا

بيضاء ليس فيها شجر إلى رجل سنين معاومة يغرس فيها شجرا على أن يكون الأرض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة) وهو نص في الشركة (وهو نص في الشركة) وهو نص في الشركة (وهو نص في الشركة)

الأرض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغرس قيمة غرسة وأجر مثل عمله لأنه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعد رد الغراس لاتصالها بالأرض) فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثل عمله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لانها أعيان متقومة بنفسها لا بحجاسة بينها وبين عمل العامل لأنه متقوم بالعقد لا قيمته في نفسه

ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين معاومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصل قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغرس قيمة غرسة وأجر مثل عمله) لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعد رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثل عمله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقة لهم لاجتماعهما في تيسر العمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احدهما لا يكون عذرا ويجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذروه وما يلحقه به ضرره ههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذرا انتهى أقول في نفسه كلام المصنف بالوجه المذكور خال اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احدهما ما كونه عذرا والآخر عدم كونه عذرا فيؤدي إلى كون الشيء طرفا لنفسه ولتقيقه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احدهما بالاجيب وهو أن يكون عذرا والآخر بالسلب وهو أن لا يكون عذرا حينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احدهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة حوازا الفسخ بالا عذار رواية واحدة فذكر مسئلتيها هذه بعد ها وبيان وقوع الروايتين فيما يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فأمل (قوله وتعد رد الغراس لاتصالها بالأرض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها لشجر الغراس بل يكون تسليمها لقطعة خشبية وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتنى أثره في شرح هذا المحل على هذا المأوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله لم يوقع الغراس وسلمها لم يكن تسليمها للشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليمها للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الأرض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقموع تسليم الشجر لا محالة بل يكون تسليمها لقطعة خشبية كما قاله هؤلاء الشراح نعم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبية مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغراس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل يكون الشجر ملكا كما صرحوا به وله هذا يجب على رب الأرض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس

(٧ - تكمله ثامن) وسلمها لم يكن تسليم الشجر بل يكون تسليمها لقطعة خشبية ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليم الشجر ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الأرض في أرضه صار كأن رب الأرض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس بايصاله بأرضه مستملا كاله بالعاق فياقتذر رد لعدم إمكان تخليصه من الأرض بتمامه كالصبيغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغراس

(وفي تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله في كفاية المنتهى) وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد بلهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه في معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعني المذكور في الهداية (أصحهما) لأنه نظير من استأجر صباغاً بالصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ في أن الغراس آلة يجعل الأرض بها ستاناً كالصبغ للثوب فإذا فسدت الآلة بفساد الصباغ فلا يتصل به مالك صاحب الأرض وهي متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ في ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الذبائح

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافاً في الحال للانتفاع في المال فإن الزراعة إنما تكون بانلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح انلاف الحيوان ٥٠ بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك وإعلم أن العراقيين ذهبوا

وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

كتاب الذبائح

الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين تدبر ترشد (قوله وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى) يعني وفي تخريج هذه المسئلة طريق آخر أي دليل آخر سوى ما ذكرناه في كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أي بينا ذلك الطريق الآخر في كفاية المنتهى قال كثير من الشراح في تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الأرض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد بلهالة الغراس نصفها أو جميعها للاعتبار بمعنى الاستئجار الذي هو في معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكره وهي قولهم أو شراءه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنهم لا تصلح لأن تكون طريق تخريج هذه المسئلة لأن وضع هذه المسئلة على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغراس نصفين وفي الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الأرض فلا يتصور المناصفة في الشجر

كتاب الذبائح

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونها متلافاً في الحال للانتفاع في المال فإن المزارعة إنما تكون بانلاف الحب في الأرض للانتفاع بما ينبت منها والذبائح انلاف الحيوان بازهاق روحه في الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكره من المناسبة أنه إنما يقتضي تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح إذ لا انلاف في المساقاة والذي وقع في ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم إلا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة في حكم شيء واحد بناء على اتحادهما في أكثر الشرائط والأحكام كما تقر في مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكفوا بذلك وعن

إلى أن الذبيح محظور عقلاً ولكن الشرع أحله لأن فيه اضراً بالحيوان وقال شمس الأئمة هذا عندى باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بتحريره فلا يرد الشرع بأباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجوز

من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع بأباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالخامسة لا لاطفال وتدأوهم بما فيه (قال) ألم لهم والذبيح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمدلنهاية الشباب وذ كالنار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى

(قوله أو شراءه جميع الغراس) أقول منظور فيه ألا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لأن الغراس فيها ينبت ما

كتاب الذبائح

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغي أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فإنه ذكر بعد كتاب المساقاة ويقول في كفايتها ما لا ينتفع به إلا كل في الحال للانتفاع في المال (قوله لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغیر الله تعالى عات بالشرع فلا يمنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذي وقوله يأكل أي يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذي كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

هــذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيان وغيرها كنفرا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بائنا منها وعنونوها بالعاملة وذكر كل واحدة من المزارعة والمساقاة في الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبعاد كل واحدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفي جهة التغير بينهما في الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصبر بكتاب على حدة عقيب ذكرهم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعاً كما صرحوا به ثم إن الذبائح جمع ذبيحة وهي اسم ما يذبح كالذبيح والذبيح مصدر ذبح إذا قطع الأوداج كذا في الكفاية اعلم أن بعض العراقيين من مشايخنا ذهبوا إلى أن الذبيح محظور عقلاً لما فيه من إيلاام الحيوان ولكن الشرع أحله قال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندى باطل لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لأنهم كانوا يذبحون بأسماء الأصنام فعرفنا أنه كان يذبح ويصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظوراً عقلاً كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال في العناية بعد ذلك أن ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبيح كالكذب والظلم لأن المحظور العقلي ضربان ما يقطع بخرجه فلا يرد الشرع بإباحته إلا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث صورته فمفعول فيجوز أن يرد الشرع بإباحته ويقدم عليه قبله نظر إلى نفعه كالنجاسة للأطفال وتداوهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العيني بعد نقل ما قاله شمس الأئمة السرخسي والجواب المذكور في العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الأول فلأنه يحتاج إلى دليل على أنه كان يذبح بنفسه قبل البعثة وأما الثاني فكذلك يحتاج إلى دليل على أنه كان يأكل من ذبائح أهل الكتاب فلم لا يجوز أنه لم يكن أكل شيء من الذبيحة إلا بعد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن كون النبي صلى الله عليه وسلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج إلى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الأئمة أن لا يظن به عليه السلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج إليه لكونه مانعاً لا مستدلاً فلا محل لنظره أصلاً (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال في غاية البيان وهذا رقع على خلاف وضع الكتاب لأنه إذا ذكر لفظ قال في أول المسئلة كان يشير به إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري وهذا لم تقع الإشارة إلى أحدهما وله هذا المبدأ في البداية وكان ينبغي أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشيراً به إلى نفسه انتهى وقال العيني بعد نقل ذلك قلت هذا تطويل بلا فائدة لأنه ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه فهذا أيضاً مشبه ولا يلزم تعيين الفاعل ألا ترى أنه عند استناد القول إلى القدوري أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند استناده إلى نفسه ولا يخفى هذا الأعلى من لم يميز مسائل القدوري من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهم ما لم يستحق الخوض في الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر في غاية البيان وقول العيني ذكر في مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضممار الفاعل وأراد به نفسه إن أراد به أنه ذكرها في أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً به إلى نفسه فهو فورية بلا حريية فانه إذا ذكرها في أول المسئلة كان يشير بها إلى ما ذكر في الجامع الصغير أو مختصر القدوري على الأثر المذكور كما ذكره صاحب الغاية وإن أراد بذلك أنه ذكرها في غير أول المسئلة في مواضع كثيرة من الكتاب مشيراً به إلى نفسه فهو واقع ولكن إذا ذكرها في مثل تلك المواضع كان يقول قال العبد الضعيف على ما وقع في النسخ القديمة أو قال رضي الله عنه على ما وقع في النسخ الجديدة ولم يقع منه ذلك لفظة قال وحدها في مثل تلك المواضع قط وهذا غير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصنف فالشارح العيني مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حل
الذبيحة) الذبيح شرط حل
أكل ما يؤكل لحمه من
الحيوان

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمه المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق
 معاول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمه ولان الدم
 حرام لحياته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمل لان حلها مابلاد
 ثبت بالنص وكما ثبت بالذبح الحلال في الماء كقول يثبت به الطهارة في غيره لان الذكاة تنهى عن الطهارة ومما قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة
 الارض يسبها يعني أهم اذا ليست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية
 كالجرح فيما بين اللبة) وهى الصدروا للحيين واضطرارية وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن قوله (والثانى كالبديل عن الاول)
 واضح وانما قال كالبديل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبديل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح
 أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى فإنه يدعى ملة التوحيد وانما يحل ذبيحته اذا لم يذكروا
 الذبح اسم عزير المسيح لقوله تعالى وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كالمسيح قال (وذبيحة المسلم والكتابى
 حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابى ذميا (٥٣) كان أو حريا حلالا اذا أتى به مذبوحا أو أماذا ذبح بالحضور فلا بد من

الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والممرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيبا أو مجنونا أو امرأة أماذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الا ما ذكيتم عام مخصوص بخروج الوثني والممرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكاة كقاعدة فان المجوسى اذا اصطاد

(قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يجانف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمه المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معاول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه جملة قول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها التى هى الذكاة على الحكم كالا يحق على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا) وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم عني بقوله لما تلونا لقوله تعالى الاماذ كيتم وهو فى حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم فى حق الكتابى من باب الف والشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا إشارة إلى قوله تعالى

سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفي ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والحلقوم (وان كان) أى الذابح (صبيبا أو مجنونا) قال فى النهاية أى معتوها لان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية (قوله والمرتب على المشتق معاول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافى كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يحق على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبها بها لا يلائم مراد المصنف انما المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابى فإنه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى مثله فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذى استشعر أن يقال الخطاب فى ذكيتم للأومنين كالخطاب فى عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يتناول عن البعدا ذكيتم الظن فى أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والخفى أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزير (قوله والذبيحة يعنى يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علمت ما تلونا ما ياردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والختمون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي
ينظم الكتابي والذي والحربي والعربي والغاي لان الشرط قيام الملة على ما

شرط بالنص وهي بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا يعني
قوله اذا كان يعقل التسمية
والذبيحة ويضبطه والاقلف
والختمون سواء لما ذكرنا
قيل اراد به الآيتين
المذكورتين وفيه نظر لان
عادته في مثله لما تولى وقيل
اراد به قوله لان حل الذبيحة
يعتمد الملة وهذا ليس
بمذكور في الكتاب والاولى
أن يجعل اشارة الى الآية
والى قوله ولان به يتميز الدم
النجس من الدم الطاهر
وعادته في مثله ذلك قيل
انما ذكر الاقلف احترازا
عن قول ابن عباس رضى
الله عنهم ما فانه يقول شهادة
الاقلف وذبيحة لا تجوز
وقوله واطلاق الكتابي
ينظم كذا ظاهر وقوله
(لان الشرط قيام الملة) فيه
نظر لان وجود الشرط
لا يستلزم وجود المشروط
ويمكن أن يجاب عنه بأنه
شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن أن يجاب بأنه
شرط في معنى العلة) أقول
ويجوز أن يجاب أيضا
بأنه لا مانع بتصور منه حل
ذبيحة اذا أتى سائر الشرائط
غير قضية الملة فاذا لم يكن
مانعا أيضا يحل

الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون
قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه
بحث أما ولا فلان لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذ كيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص
بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو
قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما تبلى عليكم غير محلى الصيد
وانتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم
ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخقة والموقوفة والمتردة والنطيحة وما كل السبع الاماذ كيتم
وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما تبلى عليكم
فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذ كيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه
ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل
العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص
عندنا إنما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناول بهما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض
ما يتناول بهما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعيا انما هو العام
الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بل لا ريب
ولاشك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى
الاماذ كيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظاهرا غير قاطع في الافادة فهو كافي في افادة المطلوب
هنا بالاجابة الى ضم شئ آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضا أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم
يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ما يقال من مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله
تعالى الاماذ كيتم بوجه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا
انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فية تضي أن يضم اليه أيضا دلائل أخرى ما نالها فلان
الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاخصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم
أن يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن
الدليل الثاني اذا افاد حل ذبيحة الكتابي افاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم ان المراد بالاطعام في قوله تعالى
وطعام الذين أتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعمهم ذبائحهم واستدل
صاحب الكتابي وكثير من الشراح على ذلك بأنه لو لم يحتمل على ذلك لم يكن التخصيص أهل الكتاب بالذكر
فائدة اذ يستوى الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل أكلها
ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم
العلم لا يدل على النقي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشئ اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالاتهم
المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النقي عما سواه بل مرادهم كما ينادى عليه كلامهم أنه
لو لم يحتمل على ذلك لخلل التخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا
كبيرا ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمسك على أصل من لا يقول بفهوم الخفاقة أيضا
اذ لا يرضى أحد بمخالو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والختمون سواء لما ذكرنا) اختلف
الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان اراد به الآيتين
المذكورتين وهما قوله تعالى الاماذ كيتم وقوله تعالى وطعام الذين أتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

قال (ولا تؤكل ذبيحة الجحوسى) لقوله عليه السلام من أكل من أكل الكلب غيرنا حتى نسايمهم
ولا آكل ذبائحهم ولأنه لا يدعى التوحيد فأنعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لأنه لا ملة له فإنه
لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابى إذا تحول إلى غير دينه لأنه يقر عليه عند نافية تبرأه عليه
عند الذبح لا ما قبله قال (والرثى) لأنه لا يعتد الملة قال (والهرم) يعنى من الصيد (وكذا الأبوكل
ما ذبح في الحرم من الصيد) والاطلاق في الحرم ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوى فيه الطلال
والحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما إذا ذبح الحرم غير
الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد صح لأنه فعل مشروع إذا الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على
الحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى
أكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابى في ترك التسمية سواء على هذا
الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازى والكلب وعند الرعى وهذا القول من الشافعى يخالف
الإجماع فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك
التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهم ما أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه
يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشافى رحمهم الله أن متروك التسمية عامدا
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للإجماع

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لأن عادته في مثله لما نونا وقال تاج الشريعة أراد به
قوله لأن حل الذبيحة بعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس عند كور
في الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة أن ذلك وإن لم يكن مذكورا في الكتاب صراحة
الأنه مذكور فيه ضمنيا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال
صاحب العناية والأولى أن يجعل إشارة إلى الآية وإلى قوله ولأن به يميز الدم النجس من اللحم الطاهر
وعادته في مثله ذلك انتهى أقول فيه نظر لأن قوله ولأن به يميز الدم النجس من اللحم الطاهر إنما يدل
على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف يميز الدم النجس من اللحم
الطاهر يحصل بذبح الوثنى والجحوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف
لماذا كرنا تعليل لاستواء الألقاف والمحتون في الأهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل إشارة إلى ما لا دلالة
فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولأن به يميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما
ذكرناه وهو أن يكون قوله لماذا كرنا إشارة إلى قوله ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة وبضبط وان
كان صبيها ومجنونا أو امرأة فإنه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية
والذبيحة وبضبط ولا يخفى أن الألقاف والمحتون لا يتفاوتان في ذلك فكأننا سواء في حكم حل ذبيحتهم
تدبر نفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل) وان تركها ناسيا أكل وقال
الشافعى تؤكل في الوجهين وقال مالك لا تؤكل في الوجهين قال صاحب العناية في شرح هذا المجل
ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطرارا يا عامدا أو ناسيا قال الشافعى يشمل الجواز
ومالك يشمل العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى
أقول كانه حسب أنه أتى في شرح هذا المجل بكلام يحمل لجامع لأقسام المسئلة كاه الكنة أدخل بحق
المقام في تحريمه هذا أما أولا فلأن قوله عند الذبح ينأى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما
يقضى به قوله اختياريا كان أو اضطرارا بالانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط في
الذكاة الاختيارية وأما في الاضطرارية فيستتر كون التسمية عند الأرسال والرعى لا غير وسبب ذلك
في الكتاب أيضا وأما ثانيا فلأن قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف إذا

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة
الجحوسى) وانضح قوله
بخلاف الكتابى إذا تحول
إلى غير دينه) يريد به من
أديان أهل الكتاب أما إذا
تعمس فلا تؤكل ذبيحته
قال (وان ترك الذابح
التسمية الخ) ان ترك الذابح
التسمية عند الذبح اختياريا
كان أو اضطرارا يا عامدا
كان أو ناسيا قال الشافعى
رحمه الله يشمل الجواز
ومالك يشمل العدم وعلماؤنا
رحمهم الله فصلوا ان تركها
عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل
وان تركها ناسيا أكل
استدل الشافعى

لأن ظاهر ما يدل عليه
اللفظ لا يخفى على أهل
اللسان وفي ذلك أيضاً من
الحرج ما لا يخفى إذا الانسان
كتب بالنسيان والحرج
مدفوع بقوله تعالى
وما جعل عليكم في الدين
من حرج فيحمل على حالة
العمد دفعا للتعارض ولنا
قوله تعالى ولأنا كلوا مما
لم يذ كر اسم الله عليه ووجه
الاستدلال أن السالف
أجمعوا أن المراد به الذ كر
حال الذبح لا غير وصلة على
تدل على أن المراد به الذ كر
باللسان يقال ذ كر عليه إذا
ذ كر باللسان وذ كر ه إذا

ترك التسمية عند ارسال البازي والكتاب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلةتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر ان القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المتيسر عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمي أو لم يسم) أقول فيه أنه دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكناني في ترك التسمية سواء كما مر آنفاً وهذا الحديث انما يثبت صحة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهى وهو التحريم) قال في العناية وجهه الاستدلال أن السلف أبجعوا على أن المراد به الذكرك حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكرك باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه التي تفيد التأكيدياً كيدوتاً كيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامداً كان أو ناسياً إلا أن الشرع جعل الناسي ذاكراً العذر كان من جهته وهو التسمية فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكرك دفعاً للعرج كما أقام الا كل ناسياً

ذكر بالقلب وقوله (ولأننا كلوا عام مؤكدين الاستغرافية التي تفيد التأكيد) وأنا أكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل
للتخصيص فيع كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لأن الشرع جعل الناسي ذا كراهة نذر كان من جهته وهو
النسيان فإنه من الشرع باقاة الملة مقام الذكركر دفعه للخرج كما أقام إلا كل ناسيا مقام الامسالك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية
واسع وقد قررناه في الافوار والقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فإنه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك
التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فإنه صلى الله عليه وسلم حين
سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره علل الحرمة بترك التسمية

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمي أو لم يسم) أقول ظاهره إقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعاً للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول
ولسلا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولانا كلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول ظاهر
كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك أحج بظاهر ما ذكرناه والآية الكريمة فبخلاف ما أسلفه في الدرس السابق أن عادته في مثله
لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعني القرن الثالث والافذهب عطاء أنه لا يجوز أن كل شيء ما يدون ذكر اسم الله عليه
أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فإنه من الشرع) أقول الضمير في قوله فإنه راجع إلى النسيان

والمبطل والكتابي في ترك التسمية سواء على هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال النازي والكتاب وعند الرمي لكهفي ذكاة
الاختيار تشترط عند الذبح وهي (٥٦) على المذبح وفي الصيد تشترط عند ارسال الرمي وهي على الاكلة لان

وما لك يحج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكننا نقول في اعتبار ذلك من المخرج ما لا يخفى لان الانسان
كثير التسميات والمخرج مدفوع والسبع غير مجرى على ظاهره اذ لو ارى يديه جرت الحاجة وظهر
الانقضاء وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في
حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة التسميات ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي
على المذبح وفي الصيد تشترط عند ارسال الرمي وهي على الاكلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي
الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل بقدر عليه حتى اذا أجمع شاة وسمى فذبح غيرها
بذلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أجمع شاة وسمى ثم رمى
بالشفرة وذبح بالآخرى كل ولو سمي على سهم ثم رمى بغيره صيد الا يؤكل قال (ويكره أن يذبح مع اسم الله
تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذبح
موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله
لان الشريعة لم توجد فلم يكن الذبح واقعه الا أنه يكره لوجود القرآن صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية
أن يذبح موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان
أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصلا عنه
صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضحج الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي
صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد من شهدك بالوحدانية ولي بالصلاح
والشرط هو ان لا يخالص المجرى على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند
الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا
على أن المراد به الذبح كحال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولأنا كأوامم يذبح كراسم الله عليه دالا
على ان لا يؤكل المذبح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكرا سم الله عليه انما يكون حال الارسال
والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما يذبح كراسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت
النهى عن الاكل في الآية المذكورة مع أن حل كل المذبح بالذبح الاضطراري اذا ذكرا سم الله
عليه حال الارسال والرمي مجمع عليه بالريب وأما ثانيا فلان قوله الا أن الشرع جعل الناسي ذكرا
اعذر كان من جهته وهو النسيان في قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيم كل ما لم يذبح كراسم
الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذكرا لا يتصور بدون تخصيص
الناسي من عموم قوله تعالى مما يذبح كراسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء عما هو غير محتمل
للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التناهي بين الكلامين تأمل توقف (قوله وما لك يحج بظاهر ما ذكرنا
اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ما ذكرنا من الآية لان قوله مما يذبح كراسم
الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك
بظاهر قوله تعالى ولأنا كأوامم يذبح كراسم الله عليه فان فيه النهى بأبلغ وجه وهو أن يذبحه من
الاستغراقية عن كل متروك التسمية وهو باطلا لانه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما
ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحج بظاهر ما ذكرنا هو
قوله تعالى ولأنا كأوامم يذبح كراسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادة في مثله أن يقول ما نلونا
معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظيره هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فلا يظهر عندي أن يكون

الطاعة بحسب الطائفة
والمقدور له في الاول الذبح
وفي الثاني الرمي والارسال
وقد فرغ على ذلك في الكتاب
تفريعات وهي واضحة
قال (ويكره أن يذبح كرمع
اسم الله تعالى شيئا غيره الخ)
المسائل المذكورة ظاهرة
وقوله (ومحمد رسول الله
يكسر الدال) يشير الى أنه
لو قال غير مكسور لا يحرم
قبل هذا اذا كان يعرف
التحوي وقال التمر تاشي ان
خفصه لا يحل لانه يصير
ذابحهم ما وان رفعه حل
لانه كلام مبتدأ وان نصبه
اختلفوا فيه فقال بعضهم
على قياس ما روى عن محمد
رحمه الله أنه لا يرى الخطأ
في التحوي معتبرا في باب الصلاة
وتحويها لا يحرم وقوله
(حتى لو قال عند الذبح)
إشارة الى أنه لو قدمه أو
آخره لا بأس به (ولو قال
سبحان الله والحمد لله يريد
التسمية حل بلا خلاف)
والفرق لا يوجب فوجه
الله بين هذا وبين التكبير
أن المأمور به ههنا الذبح
قال الله تعالى فاذا كروا
اسم الله عليه اصواف أي
قامت صففن أيدين
وأرجلهن وهناك التكبير
وبهذه الاقفاط لا يكون
مكبرا

(قوله فقال بعضهم على قياس ما روى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في التحوي معتبرا في باب الصلاة وتحويها لا يحرم) أقول اذ يجوز ولو
أن يكون قصده افاقة معنى المرفوع على ما هو المناسب لحسين الظن بالمسلمين وحل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تنبت بالشك

(ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين) والفرق لابي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخبيث اذا غطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز ان يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هناك ذكر الله مطلقا قال انه تعالى فاسعوا الى ذكر الله ودهننا الذي ذكر على الذبح (والذبح بين الخلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعله وأسفله) وأنى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحصل على ما يدل عليه انظر الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذي ذكره ما بين اللبة والخبيث وهو يقتضي جواز الذبح فوق الخلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة والخبيث وهو دليل ظاهر للامام الرستغفي رحمه الله في حل ما بقي عقدة الخلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط ايضا تاعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الخلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف (٥٧) لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة

والخبيث بين مجموع العروق والجري فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا يعتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان واختلاف العلماء رحمه الله في اشتراط ما يقطع منها للكل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالخلقوم والمرى وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الخلقوم والمرى وأحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله كما ذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

ولو عطف عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذا كروا اسم الله عليهم اوصاف قال (والذبح بين الخلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الخلق كله وسطه وأعله وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذي ذكره ما بين اللبة والخبيث ولانه يجمع الجري والعروق فيحصل بالفعل فيه انه اراد الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الخلقوم والمرى والودجان)

مراده بقوله ما ذكرنا في قوله وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا مجموع ما ذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته أن يقول لما نلونا فيما اذا اراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا اراد السنة وحدها فلما اراد مجموعهما ههنا أتى بكلمة جامعة فتعال وما لك يحجج بظاهر ما ذكرنا يعني قوله تعالى ولاننا كما واصلنا به كراسم الله عليه فحدث عدي بن حاتم الطائي اذ لفصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال ناج الشريعة القرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعده هذا لورود الامر بقريه أقول فيما ذكره هؤلاء الذمراخ نظر لان صاحب القاموس لم القرى والافراء للاصلاح والافساد بالفرق بينهما حيث قال فراه يقره شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفرأ انتهى فعلى هذا لا يتم ما ذكره أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون القرى حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والقرى أنه قطع للافساد وشق كما يقرى الذابج والسبب مع القرى قطع للاصلاح كما يقرى الخرازا لا يتم انتهى فعلى هذا لا يتم قوله لم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون القرى كان فتح الهمزة هنا هو الأليق والأنسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء قرى بمعنى أفرى أيضا الا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعده في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بقريه فلعله جرى منه

(٨ - تكمله ثامن) المشهور في كتب مشايخنا رحمه الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والقرى القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعده هذا لورود الامر بقريه احتج الشافعي رحمه الله بأنه يجمع الاوداج ومائة الاودجان فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو يقطع الخلقوم والمرى لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الخلقوم والمرى أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وما يقتضيه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الخلق الخ) أقول فيكون المراد بالخلق في كلام القدوري مبداء

فإن الأوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المري والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعديا ريب قطع الحلقوم بالافتراض
وجوابه سبب واحجج أبو يوسف رحمه الله (٥٨) بأن القسود من قطع الودجين إنما هو الدم فينوب أحدهما متاب الآخر

وشي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري
الآن لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وظاهر ما ذكرنا من أن
ما لا يجوز إلا أكثر من قبل يشترط قطع جميعها (وعندنا أن قطعها محل الكل وإن قطع أكثرها فكذلك
عند أبي حنيفة) وقال لا بد من قطع الحلقوم والمري وأحمد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر
القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمه الله أن هذا قول أبي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير أن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم يؤكل وإن قطع أكثر الأوداج والحلقوم
قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلقت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة إذا قطع الثلاث أي
ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع إلى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها أصل بنفسه لا تفصله عن غيره ولو ردا الأمر بغيره
نعتبرا أكثر كل فرد منها ولا ييوسف أن المقصود من قطع الودجين إنما هو الدم فينوب أحدهما عن
الآخر إذا كل واحد منهما ما يجري الدم أما الحلقوم فيختلف الماري فإنه يجري العلف والماء والمري يجري
النفس فلا بد من قطعها ولا يي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام وأي ثلاث
قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو أن الدم المسفوح والتوحية في الخراج
الروح لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

على استعمال فري بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لأن ما ذكره
فما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والأفراء مطلقا كما ذكره في
القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المري والودجين
وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمري) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الأوداج
ومائة الأوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمري لأن
الحيوان لا يعيش بعد قطعها ما أقول يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق
الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمري إذا الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى
وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل بشرط قطعها معا وقال في العناية بعد ذكر
الاحتجاج المسطور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلأن الأوداج دلالة لها على الحلقوم والمري أصلا
وأما معنى فلأن المقصود إزالة الدم النجس وهو أنما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره في وجه
ضعفه لفظ ليس بسديد إذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الأوداج على الحلقوم والمري بأنه
جمع الأوداج ومائة الأوداج فدل على أن المقصود به ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم
والمري فلا معنى بعد ذلك لمجرد دني دلالة ما علم ما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله إلا أنه لا يمكن
قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لأن
المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة جعل الأوداج على الاستغراق حيث
بنى تعليله على قيام الأكثر مقام الكل فينبغي أن يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول
ليس هذا بشيء لأن ما ينبغي عن كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وإن اقتضى جعل الأوداج
على الاستغراق إلا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

أكثر منه ما يجري اسم
أما الملقوم فيختلف المري
فإن المري يجري العلف
والماء والحلقوم يجري
النفس ويرقع في بعض
النسخ بالعكس وليس بجيد
فلا بد من قطعه وما هو
قريب وجوابه سبب
واحجج محمد رحمه الله بأن
كل فرد منها أصل بنفسه
لا تفصله عن غيره ولو ردا
الأمر بغيره والأكثر يقوم
مقام الكل فيعتبر أكثر كل
من الأمور الأربعة وهو
أقرب كما ترى واحجج أبو
حنيفة رحمه الله بأن الأكثر
يقوم مقام الكل في كثير
من الأحكام وأي ثلاث
قطعها فقد قطع الأكثر
منها وما هو المقصود يحصل
بها وهو أن الدم المسفوح
والتوحية أي التجميل في
خراج الروح لأنه لا يحيا
بعد قطع مجرى النفس
أو الطعام وبها يحصل
جواب أبي يوسف

(قال المصنف فيثبت قطع
الحلقوم باقتضائه) أقول
فيه بحث لأن المفهوم من
كلام المصنف الذي سيذكره
في تعليل أبي حنيفة جعل
الأوداج على الاستغراق
حيث بنى تعليله على قيام
الأكثر مقام الكل فينبغي

يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أي بقطعها على ويخرج
حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أي التجميل بالحاء المهملة (قال المصنف لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام)
أقول لعل الواو بمعنى أو (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول أنما يحصل جوابه إذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

ويقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيمكنني به تحرز عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه
الالف واللام وليس عمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحتها ليس أفراد حقيقة والانصراف الى
الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان
الاثنين لما كانا باقين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب (٥٩) الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم

الاكثر فكانه لم يقطع شيئا
ورعنا لوح الى هذا بقوله
احتياط الجانب الحرمة
قال (ويجوز الذبح بالظفر
والقرن والسن الخ) الذبح
بالظفر والقرن والسن
المنزوعة جائز مكره وأكل
الذبح بها لا بأس به وقال
الشافعي رحمه الله هو ميتة
لقوله صلى الله عليه وسلم
كل ما أنهر الدم وأفرى
الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهم ممدى الحبشة
استثناهما بالاطلاق عما
يجوز أكله في تناول الحرمة
بالمنزوع والقائم ولان الذكاة
فعل مشروع وانهر الدم
بها مطلقا غير مشروع فلا
يكون ذكاة كغير المنزوع
ولنا قوله عليه الصلاة
والسلام أنهر الدم بما شئت
ويروى أنهر الاوداج بما
شئت وهو باطل لاقه بقضي
الجواز بالمنزوع وغيره
الأناتر كنا غير المنزوع بما
رواه الشافعي فان فيه دلالة
على ذلك وهو قوله عليه
السلام فانهم ممدى الحبشة
فانهم لا يقتصرون الاظفار
ويجسدون الاسنان
وبقائون بالخدش والعض

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيمكنني به تحرز عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان
الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطاً للجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن
والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبح ميتة
لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهم ممدى الحبشة ولا يفعل
غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفرى
الاوداج بما شئت ومارواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره
هنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أعنى
العبارة والاقتضاء فلا تدفع بين كلامي المصنف كما توهّم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين
فيمكنني به تحرز عن زيادة التعذيب) أقول لفائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معاز زيادة التعذيب
وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكاة أولى عنده
أبي حنيفة أيضا بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة
مما يجب الاحتراز عنه على ما نقرر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع
الجميع أولى عنده أبي حنيفة أيضا فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الف واللام
وليس عمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحتها ليس
أفراد حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال
فيه بحث فانه انما يحل على الجنس اذا تعدر جملته على الاستغراق وهما ليس كذلك انتهى أقول
ليس لهذا الاراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع جمل ههنا على الجنس حتى
يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحل على الجنس عند آرباب علم الاصول اذا تعدر
جمله على الاستغراق وهما ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراد حقيقة لان اطلاقه
على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أى فيما يكون ما تحتها
من أفراد حقيقة فصار حاصلة نفي جواز الحل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الاراد المذكور أصلا (قوله
وقال الشافعي المذبح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن
فانهم ممدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه
في البعض فان القرن أيضا داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز كل
المذبح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقى ما عداهما ما في حكم المستثنى منه
(قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان اراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه
محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكره فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة
حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فانه مكره عندنا ولكنه ذكاة يجوز كل المذبح به كما أفصح عنه
المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يحل هذا التعليل المذكور من قبل

وهذا معنى قوله ومارواه محمول على غير المنزوع

(قوله وليس عمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس عمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحتها ليس أفراد
حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحل على الجنس اذا تعدر جملته على الاستغراق وهما ليس
كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراد أى ليس من أفراد مفردة وقوله حقيقة أى ليس من أفراد حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولأنه الجارحة) جواب عن دليله المعقول وتقرئ بالانسان أن أنهار الدم بالتطفر والسن المنزوعين غير مشروح فأنه أي كل واحد منهم ما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو إخراج الدم فصار كالليطة والجرح وأخذيدو السكين الكليل وبقي كلامه ظاهر سوى ألفاظ تفسيره الليطة بكسر اللام تفسر

(٦٠)

بالثقل فيكون في معنى المختصة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن نمتها موتات قبيل انما يكون ذلك إذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لا يجه وليس كذلك لأن المذبح لا عقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لأن الوهم في ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج إليه لمعرفة الكلمات وما نحن فيه ليس منها والخناخ بالفتح والكسر والضم لفظة فيه فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شيء يسمى بالخيوط أصلاً ثم ذكر المصنف رحمه الله الأصل الجامع في إفادة معنى الكراهة وهو كل ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قد مر أن الذبح الاضطرابي بدل عن الاختيارى فلا مصلح إلى الأول قبل الجزع

ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالجرح والحديد بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المختصة وانما يكره لأن فيه استعمال جزء الأدنى ولأن فيه اعسار على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (ويجوز الذبح بالليطة والمروءة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم) فإن المذبح به ما يستلزم في الجامع الصغير على أنه ما يستلزم لأنه وجد فيه نصاً وما لم يجد فيه نصاً يحتاط في ذلك فيقول في الحل لأبأس به وفي الحرمة يقول بكره وأولم يؤكل قال (ويستحب أن يحد الذابح شفرته) نقوله عليه السلام إن الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبيحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضربها ثم يحد الشفرة لما روى عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلاً أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تتم أسواتك لا حداثتها قبل أن تضج بها قال (ومن بلغ بالسكين الخناخ أو قطع الرأس كره له ذلك وتوكل ذبيحته) وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والخناخ عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روى عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تذبح الشاة إذا ذبحت وتفسره ما ذكرناه وقبل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقبل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وعذاً لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ألام لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح وأن تذبح الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعد ذلك ألم فلا يكره الذبح والصلح إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال توكل ذبيحته قال (وإن ذبح الشاة من قفاها بقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقيق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج (وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاة الذبح وما توحش من النعم قد كانه العروق والجرح) لأن ذكاة الاضطراب انما صار إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول (وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار)

لشافعي عن المصادر على المطلوب كما ترى (قوله والخناخ عرق أبيض في عظم الرقبة) قال في المغرب الخناخ خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب والضم لغة في الكسر ومن قال هو عرق فقد سمعنا ذلك الخناخ الباء يكون في القفا ومنه يفتح الشاة إذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالجمع أبلغ من التثنية انتهى وذكر صاحب النهاية ما في المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه إلى المغرب فصاحب العناية كانه حسب أن صاحب النهاية ذكر ما ذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسر المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية إلى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد إلى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هي شرايين وأوتار ومائة شيء يسمى بالخيوط أصلاً إلى هنا لفظ العناية أقول الرد المذکور مر دو دلان كره من العظام والأعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخرى مفردة كالغضروف والرباط والغشاء والحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيباً أولياً كالعضل أو ثانياً كالعين أو ثالثاً كالوجه ثم الرأس مثلاً على

عن الثاني وهذا يخرج ما ذكر في الكتاب

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب إلى قوله وما ثم شيء يسمى بالخيوط أصلاً) أقول وفي القاموس الخناخ مثله الخيط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب

لا يحل الأكل بذكاه

الاضطرار في الوجهين

يعني ما توحش وما تردى لأن

ذلك نادر والنادر لا حكم له

قلنا لأن سلم الضرورة وإن

كانت فالمعتبر حقيقة

العجز وقد تحقق (وقوله

وفي الكتاب) يريد به القدوري

وكلامه واضح والتحرر قطع

العروق عند الصدر والذبح

قطعها تحت اللجين

والمستحب في الأبل الأول

وفي غيره الثاني والعكس

يجوز ويكره لما ذكر في

الكتاب (وقوله لمعنى في

غيره) أى في غير الذبح وهو

ترك السنة (وقوله أشهر)

معناه ثبت شهره مثل

أعشب المكان وكلامه

وانم خلاه لم يجب عن

الحديث الذي استدلاله

لأنه لا يصلح للاستدلال لأنه

روى ذكاه أمه بالرفع

والنصب فإن كان منصوبا

فلا إشكال أنه تشبيه وان

كان مرفوعا فكذلك لأنه

أقوى في التشبيه من الأول

عرف ذلك في علم البيان

قل وما يدل على ذلك تقديم

ذكاه الجنين كما في قوله

وعينك عيناها وجيبدك

جيدها سوى أن عظم

الساق منك دقيق

فصل فيما يؤكل

وما لا يؤكل

لما بينا وقال مالك لا يحل بذكاه الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيه صار إلى البذل كيف واننا لنسلم الضرورة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة إذا نذت في الصحراء فذكاهم العروق والنذ في المصر لا تحل بالعقر لأنم لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البقر والبعية لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدرون على أخذهما وإن نذوا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالنذ إذا كان لا يقدرون على أخذها حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاه حل أكله قال (والمستحب في الأبل التحرفان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحره ما جاز ويكره) أما الاستحباب فللواقفة السنة المتوارثة ولا اجتماع العروق فيها في النحر وفيه ما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز وحل خلافا لما يقوله مالك أنه لا يحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رجهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رجهما الله إذا تم خلعه أكل وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاه الجنين ذكاه أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذاؤها ويتنفس بتنفسها وكذا حكمها حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق باعتاقها وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكاه عند العجز عن ذكاه كافي الصيد وله أنه أصل في الحياة حتى تتصور حياته بعدموتها وعند ذلك يفر ذكاه ولهذا يفر ذكاه بإيجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف إليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى وما هو المقصود من الذكاه وهو الميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الأم اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعاف حقه بخلاف الجرح في الصيد لأنه سبب لخروجه ناقصا في مقام مقام الكمال فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريما لجوازه كي لا يفسد باستئناؤه ويعتق باعتاقها كي لا يفصل من الحرية ولدرقيق

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخالب من الطيور) لأن النبي عليه السلام نهى عن أكل كل ذى ناب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكرك عقيب النوعين فينصرف إليهما ما في تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخالب أو ناب

ما بين كلمة في كتب الطب فإن أراد بقوله ومائة شئ يسمى بالخط أنه ما في الأعضاء المفردة المخصوصة التي ذكرها شئ يسمى بالخط فهو مسلم لكن لا يجدي شئاً أن لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الأعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لا يسمى شئاً من تلك الأعضاء بالخط أن لا يكون النخاع خطا وإن أراد به أنه ما في أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئاً يسمى بالخط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخط منها المغرب كما ذكرناه في صدر الكلام ومنها صاحب الجوهرى فإنه قال فيه وهو الخط الأبيض الذي في جوف الفقار ومنها القاموس فإنه قال فيه والنخاع مائة الخط الأبيض في جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب في الجسم إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

فصل فيما يحل أكله وما لا يحل لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول ذاك المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوصل إلى الأصل وقدم الذبح لأن وسيلة الشئ تقدم عليه في الذكر (وقوله من السباع ذكرك عقيب النوعين فينصرف إليهما ما في تناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخالب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا أقره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح المبسوط

ذكرك هذا الفصل عقيب الذبائح لأنه المقصود من الذبائح والوسيلة إلى الشئ تقدم عليه في الذكر وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع لينى على ذلك

قوله (كي لا يعضد شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتاب من فعل
سباع البهائم قال في الميسوط فالمراد بذي الخطفة ما يختطف بنفسه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي النبهة ما ينتهب سلبه من
الارض كالأسد والثئيب (قوله ويدخل فيه الضبع والنم) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لجهما كالذئب فيكون الحديث حجة على
الشافعي في إباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيده فقال نعم فقيل أيؤكل كل لجه فقال نعم فقيل
أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٢) فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بأن حديثنا مشهور ولا يعارضه حديث جابر ان

(وفوله وهي حجة على الشافعي) يعني نهى النبي صلى الله عليه وسلم وأئمة لتأنيث الخبز فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فأجده نفسي تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الأثرين أبو بكر رضي الله عنه أجيب بأن الأصل أن الحائض والمبج إذا تعارض يرجح الحائض على أن المبج مؤول بما قبل التحريم ولا تؤثر كل الحرمة الأهلية لما ذكر في الكتاب وذهب بشر المريسي إلى إباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبها بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سألت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى إلى محرم ما لا يذبح حديث غالب بن أبي جبر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالي إلا حبات فقال عليه الصلاة والسلام كل من ممين مالك واستدل لا بجملة أكل الوحشي وهو ضبع عفيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجوار والدليل على ذلك حرمة الأشياء الحرمية الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلا نه مؤول بكل غنها وأما الاستدلال فسلان من شرطه أن لا يكون الفرع منه موصفا عليه والنص النهائي عن لحوم الجوار الأهلية قائم فبطل القياس قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تذكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لأنه منها) أقول (٣٦٣) قال العلامة الكاكي أي لأن الضب

من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب لمريض لائاً كل لحم البعير يتناول نهيه كل الأفراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الجوار) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خير كان بعد الهجرة (قال المصنف ولا يبي حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخنزير والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والا كل من أعلى منافعها

وهي حجة على الشافعي في إباحته والزنبور من المؤذيات والسحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقية له شيء وانما تذكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لأنه منها قال (ولا يجوز أكل الجوار الأهلية والبغال) لما روي خالد بن الوليد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أهدى المنة وحرم لحوم الجوار الأهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند أبي حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمه الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضي الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الجوار الأهلية وأذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولا يبي حنيفة قوله تعالى والخنزير والبغال والحمير ليركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والا كل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهم ماياً كالان الجيف نعم وقع في بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما قسمه الشراح بههنا فإنه قال في ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال في المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال في الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيأ من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما في الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما في الكتاب ما قدمناه مما ذكر في الصحاح أو لا معزي إلى ابن السكيت وما ذكره في القاموس أيضا بمصر ترشد (قوله وانما تذكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لأنه منها) قال صاحب معراج الدراية

(الخ) أقول قال القاضي في تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه ان لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالباً ان لا يقصد منه غيره أصلاً ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الجوار الأهلية حُرمت عام مخبراً انتهى قال الكاكي فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان عطلق النعمة أمالو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق به البقاء في الجملة فسلم لكن غيره بسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة في الخيل فلا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة في الخيل يحصل على السكالك حتى جعل له الشرع سهماً من الغنمة كالأدعى فيمنه تترك الامتنان في الخيل بالا كل لا يدل على حرمة ترك الامتنان بنعمة الدرو والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا ووجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الأشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع إلى العباد ومنفعة الاكل بالإضافة إلى العباد فوق منفعة الركوب والزينة في النعمة على اننا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الأشياء بل يوجد في غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها أو منفعة الاكل في الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء دون الركوب وأما قوله يسد مسده في يتعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لأنه متى ثبت كونه ركو بامتناعه في ذاته ثبت أنه مال متقوم وحمل للبيع وفيه كلام لا يخفى

وعتق بأدناها ولأنه آله أرهاق العدو وفيكره أكله احتراماً له ولهذا يضرب له بسهم في الغنمية ولأن
في إباحته تقليل آله الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحترم ثم
قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبسه فقد قيل لأبأس به لأنه
ليس في شربه تقليل آله الجهاد قال (ولأبأس بأكل الأرنب) لأن النبي عليه السلام أكل منه حين
أهدى إليه مشويًا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالأكل منه ولأنه ليس من السباع ولا من أكلة الحيف
فأنشبه النبي قال (وإذا ذبح مالا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الأديم والخزير) فإن الذكاة
لا تعمل فيه ما أدم إلا أديمي فلم يمته وكرامته والخزير لخصاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر
في جميع ذلك لأنه لا يؤثر في إباحة اللحم أصلاً وفي طهارته وطهارة الجلد تبعاً ولا تتبع بدون الأصل وصار
كذبح المجوسى ولنا أن الذكاة مؤثرة في إزالة الرطوبات والدماء السيالة وهي الخمسة دون ذات الجلد
واللحم فإذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسى أمانة
في الشرع فلا يدمن الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافاً له ول
يجوز الانتفاع به في غير الأكل قيل لا يجوز اعتبار الأكل وقيل يجوز كالزيت إذا خالطه ودل الميتة
والزيت غالب لا يؤكل وينفع به في غير الأكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) وقال
مالك وجماعة من أهل العلم بطلان جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والإنسان وعن
الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الأكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من
غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور وماؤه والحل ميتته ولأنه لا دم في هذه الأشياء إذا دموى

أي لأن الضب من الحشرات فإذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما إذا قال طبيب
لمريض لا تأكل لحم البعير تناول منه كل أفراده انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لأن
الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات إنما هو من قبيل أن
ترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضاً من قبيل
أن ترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضاً كما توهمه ذلك
الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه أعانته كراهة الحشرات كلها لأن الضب منها وقد ورد في
كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضاً بطريق القياس
لاشتراكها في عللة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في إثبات
كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث
فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب إليه (قوله ثم قيل الكراهة
عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح
لأنه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله إذا قلت في شيء أكرهه فأرأيت فيه قال أكرهه
أقول فيه نظر لأن هذا إنما يدل على كون الاول أصح أن لو كان المروى عن أبي حنيفة رحمه الله في
هاتيك المسئلة منحصراً في لفظ أكرهه فكان بعضهم حله على التحريم وبعضهم حله على التنزيه وليس
كذلك بل المروى عنه فيه القطان أحدهما لا يجنبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما
أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فبني اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما
صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضاً حيث قال متصلاً بتعليله المذکور ومبني
اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروى عنه فإنه روى عنه رخص بعض العلماء
في لحم الخيل فأما أنا فلا يجنبني أكله وهذا يلوح إلى التنزيه وروى عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على
التحريم على ما روينا عن أبي يوسف اه تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

وعتق بأدناها بأنه ترك ذكر
الجل عليه فينبغي أن لا يحل
الجل عليه وهو فاسد فإن
الكلام في أن تركه على
النعم والذهب إلى مادونه
دليل حرمة الأعلى والجل
ليس كذلك وقوله (والاول)
يعني كون الكراهة
للتحريم (أصح) لأنه روى أن
أبا يوسف سأل أبا حنيفة
رحمه الله إذا قلت في شيء
أكرهه فأرأيت فيه قال
التحريم ومبني اختلاف
المشايخ رحمه الله في قول
أبي حنيفة رحمه الله
على اختلاف اللفظ المروى
عنه فإنه روى عنه رخص
بعض العلماء في لحم الخيل
فأما أنا فلا يجنبني أكله
وهذا يلوح إلى التنزيه
وروى عنه أنه قال أكرهه
وهو يدل على التحريم على
ما روينا عن أبي يوسف
رحمه الله (قوله ولا يؤكل
من حيوان الماء إلا السمك)
واضح

والطافي اسم فاعل من طفا الشيء فوق الماء يطفو إذا علا والمراد من السمك الطافي الذي يموت في الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهي كذلك وقوله (والجثة عليه ماروينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد في بطن السمكة سمكة أخرى فأنه أتوكل لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك أن قتلها طير الماء وغيره وكذلك أن ماتت في حب ما لأن ضيق المكان سبب لموتها وكذلك أن جمعها في حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيدتين فيها كذلك وإن كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير في أكلها لأنه لم يظهر ولموتها سبب وإذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيء ألقاه في الماء لتأكل منه فانت (٢٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو في معنى ما أنكره عنه

الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما أنكره عنه الماء فكل وقوله (وفي الموت بالحسر والبرد روايتان) أحدهما أنها أتوكل لأنه مات بسبب حادث فكان كالألقاه الماء على اليدين والأخرى أنها لا تؤكل لأن الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت في الغالب وأطلق القدوري رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما لأحد وذكر شيخ الإسلام رحمه الله أنه على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الاضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الاضحي وهي أفعولة وكان أصله أضحية اجتمعت الواو

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبهه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليكم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما لا يحول على الاصطبار وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالجبد والطحال قال (ويكره أكل الطافي منه) وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ماروينا ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلأنا كما وروى عن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر لا مامات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد إلا أن يقطع إلا خذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ولا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائرهم والجثة عليه ماروينا وسئل على رضي الله عنه عن الجرادي أخذ الرجل من الأرض وفيه الميت وغيره فقال كاه وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بينها هي كفاية المنتهى وعندنا ما لم يقف المبرز عليها منها إذا قطع بعضها فبات يحل أكل ما بين وما بقي لأن موته بآفة وما بين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

(كتاب الاضحية)

أقول الظاهر أن ضميرهم راجع إلى جميع من خالفنا في هذه المسئلة على التفصيل المذكور أن لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم بأس متناه الخبز والحب والسمك كما مر ذلك أيضا ذلك على ذلك القول بلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولأن ميتة البحر موصوفة بالحل للحديث) أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعي بدون المصير إلى إطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافي وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغي أن يقال لا إطلاق ماروينا وإطلاق حديث حل ميتة البحر

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(٩ - تكمله ثامن) والباء وسبقت أحدهما بالساكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الباء في الباء وكسرت الحاء لتناسب الباء ويجمع على أضاحي بتشديد الياء قال الاضحي وفيه أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسر ها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية (قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا إلى البحر) أقول فيه بحث فإن الظاهر أن إضافة ميتة البحر مثل إضافة قتل الطيف في كونها إضافة إلى المكان وجوابه إن مراده لامامات فيه بغير آفة توفيها بين الروايتين

(كتاب الاضحية)

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الأولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لأنهم أذبحوا خاصة

وهذا باو أختناه وجمعه أضحى كارتاة وأرطى وقال الفراء الأضحى يذكرو يؤث وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحى وشرائطها استذكر في أننا الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لأن السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف في الاصول ثم ان الأضحية تكرر بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الأضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع في سببية ذلك وما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كمتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقيق السبب لأن الغنى شرط الوجوب والفقر عدمه (٦٦) وهي واجبة بالقدر الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للأضحية في أول

يوم النحر ولم يضع حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيتها ولا تسقط عنه الأضحية فلو كانت بالقدر الميسرة لكان دوامها شرطا كما في الزكاة (قوله وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول في معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الأضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذا لافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد بحقيقتها لان الاعيان توصف بالحرمه فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الأضحية في عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففقه ما ترى ثم اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن

مناقشة هي أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أن لا وجود للعام الا في ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام في العقل فهو وانما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنهه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تميز الذاتي من العرضي انما يتعسر في الحقائق النفس الامرية وأما في الأمور الوجودية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبره دخلا في مفهوم شيء يصير ذاتيا لذلك الشيء ويكون تصور ذلك الشيء بالأمور الدخلة في مفهومه تصورا له بالكنهه ولا شك أن معنى الذبح داخل في معنى الأضحية لغة وشريعة فمرة وقف تعقلا على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثاني تأمل نقف ثم ان بيان معنى الأضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالأضحية اسم شاة ونحوها تذبح في يوم الأضحي انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر في مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الأضحية شاة تذبح يوم الأضحي ولم يذكروا في واحد منها عموم الأضحية لشيء من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها في عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الأضحية في اللغة اسم ما يذبح في يوم الأضحي انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما ما لا يطلق عليه لفظ الأضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحب الكافي والكفاية هي ما يضحى بها أي يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح في يوم الأضحي وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الأضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شراعا فالأضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الأبل والبقر والضأن والماعز بسن مخصوص وهو الثاني فصاعدا من هذه الأنواع الأربعة والذبح من الضأن يذبح بنسبة القرية في يوم مخصوص وهو يوم الأضحي عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفي الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص وهو يوم الأضحي انتهى أقول يرد على ظاهره أن الأضحية في الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص في وقت مخصوص لاعتناء ذلك الحيوان في ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الأضحية وقد دللوا عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قارها في الشريعة بما يذبح في يوم الأضحي بنسبة القرية وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص في وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الأضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بمحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبح نفسه وهذا كما قيل في تعريف

مخصوص لثلاثين تقض التعريف (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه قال أو عكسه (قوله اذا الاصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون سببا) أقول أي أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المشتري اذا كان فقيرا حين اشترى شاة لم يضع حتى مضت الأيام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا ميسرة فذلك لا اشتراء بنسبة الأضحية لا القدرة فلي تأمل ثم ظاهر قول المصنف ونفوت بعض الوقت يدل على أن وجوبه ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحي وان لم يشتري شاة في يوم النحر وسبق قول انما شبهه الزكاة من حيث انما تسقط به لال المال قبل مضى أيام النحر كزكاة تسقط به لال النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط به لال المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعترف فيها هو القدرة الميسرة

والعشر والخراج حيث تسقط بهلك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من اتاها تلك قيمة ما يصلح للاخية ولم تجب الابل النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية تنظر الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة (٦٧) الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمسك وليس كذلك لان

القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمنحى ان تصدق بالتم فقد حصل النوعان أعنى التمسك والاتلاف بآراقة الدم وان لم يتصدق حصل الأخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاخية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احتراز عن البدنية كالصلاة والصوم فانهم ما يختلفان فيها لان المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليعلم وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة

قال (الاخية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاخية عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدي الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وعنه أنها سنة ذكروا في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن ينحى منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئاً والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجب على المسافر لانهم لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة العلم بمحصل صورة الشيء في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المساحة كما حققه الشريفة الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجب عنه أيضاً بان قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضاً وهو التي فصاعداً من الانواع الاربعة المذكورة والجدع من الضأن وحده فلا ينقض التعريف بشيء نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيره كان أظهر لكنه سلك مسلك الاجال اعتماداً على ظهور تفصيل ذلك في تضاعف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فالنسيار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولداً بعد أيام النحر لا تجب الاخية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاخية الآن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو والمبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاخية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر في أصول الفقه ولا في فروعه أما الاول فأقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاخية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذا اصل في اضافة الشيء الى الشيء أن يكون حادثاً به سبباً وكذا اذا ازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاخية بتكرره والوقت ظاهر وكذلك الاضافة فإنه يقال يوم الاخية كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة في الاخية لم توجد في حق المال ألا يرى أنه لا يقال أخية المال ولا مال الاخية فلا يكون المال سبباً انتهى أقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاخية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سبباً لوجوبها لان الشيء الواحد لا يصح أن يكون شرطاً وسبباً لشيء واحد آخر اذ قد تقر في علم الاصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلاً الى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلاً الى المشروط أصلاً بل كان وجود المشروط متوقفاً عليه ومن المتع أن يكون شيء واحد موصلاً الى شيء واحد آخر وأن لا يكون موصلاً اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سبباً وشرطاً بالنسبة الى شيء واحد (قوله الاخية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاخية)

الفطر ليس بل ليس هو الموصوف به أهلاً لا اغناء اذا لا يتحقق من غير الغنى الشرعي فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسئلة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لان من لم يتصف به يكون أهلاً لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلاً لوجوبها انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأمور به من كتب الاصول فراجع

قد في العناية أخذ من النهاية وهي واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر إذا اشتري شاة لا ضحية
 في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم اقتصر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بغيرها
 ولا تسقط عنه الاضحية فتر كانت بالقدرة المبسرة لكان دوامها شرطاً كفي الزكاة والنحر والخارج
 حيث تسقط لانه النصاب والخارج واصغر من الزرع آفة لا يقال أدنى ما يمكن به المرء من اقامتها انما
 قيمة ما يصلح للاضحية ولم يجب ادائها النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة المبسرة لا بالشرط النصاب
 لا ينافي وجوبها بالممكنة كفي صدقة الفطر وهذه الاعم او ضيقة مانسة نظر الى شرطها وهو الحرية
 فيشترط فيها الغنى كفي صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب الغنيلك وليس كذلك لان القرب
 المالية قد تحصل بالاتلاف كالاتفاق والمضحي ان تصدق بالهجم فقد حصل النوعان أعنى التملك
 والاتلاف بآراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعتبر بعض الفضلاء على قوله
 بدليل أن الموسر اذا اشتري شاة لا ضحية في أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه
 ان المشتري اذا كان فقيراً حين اشتراها انما لم يضح حتى مضت الايام فكذلك الحكم في دلالة ما ذكره على
 مطاوعة بحث اذ ليس في الفقير قدرة لا يمكنه ولا مبسرة فذلك لا اشتراء بنية الاضحية لا بالقدرة فليست اتم
 انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد في أن علة وجوب الاضحية على الموسر هي القدرة على
 النصاب وانما الكلام هنا في أن القدرة انما يجب بها الاضحية على الموسر هل هي القدرة الممكنة أم
 القدرة المبسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هي القدرة الممكنة بمسئلة ذكرتها في فتاوى قاضيان
 وهي أن الموسر اذا اشتري شاة لا ضحية في أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم اقتصر كان
 عليه أن يتصدق بعينها أو بغيرها ولا تسقط عنه الاضحية واقفى أثره صاحب العناية ولا نك في استقامة
 هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة المبسرة لكان دوامها شرطاً على ما نقرر في علم الاصول ولا يضره
 اشتراك المعسر مع الموسر في حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصديق بعينها أو بغيرها لان علة الوجوب
 في المعسر هي الاشتراء بنية الاضحية كحصر جوابه لا القدرة وعلة في الموسر هي القدرة لا الاشتراء بنية
 الاضحية كحصر جوابه أيضاً فبعد أن تقرر أن علة في الموسر هي القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلاً
 واضحاً على تعيين أن المراد بتلك القدرة هي الممكنة لا المبسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر في حكم
 تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب في صورة ان كان المشتري معسراً أو التصديق بعينها لا غير بخلاف
 ان كان موسراً كما سيبي في الكتاب مفصلاً وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض الوقت
 يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم
 النحر اقول وليس هذا أيضاً بشئ لان مراد المصنف هناك قوت أداء الاضحية بمضى الوقت لا سقوطها
 بالكلية في حق المقيم أيضاً فان الاداء وهو تسليم عين الشاة بالامر بقوت بعض الوقت في الواجبات
 المؤقتة مطلقاً لان الوقت شرط لادائها على ما عرفت في أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب
 بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الفاتت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضاً ما عرفت في أصول
 الفقه وقد تقرر فيه أيضاً أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول
 كالنفقة للصوم وثواب النفقة للرجوع وعدوا الاضحية من القسم الثاني وقالوا ان أداءها في وقت آراقة الدم
 وقضاءها بعد مضي وقتها بالتصدق بعينها أو بغيرها اقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفاوت بعض
 الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم
 يشتر شاة في يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل
 أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضي وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة في يوم النحر
 فان التضحية آراقة الدم وهي انما تقبل في وقت الاداء لا بعده وانما الذي يلزم بعده قضاؤها وانما يكون

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعةي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام وقد تجب المقابلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقابلة في غير الحرام وقوله (لأن الإضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) (٦٩) لأنه إذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقاً به

فخصه عن الاختصاص (والوجوب هو المقتضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بأن السنة أيضاً مقتضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس لأن الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يقتضى إليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الأداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تميز له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى إلى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الضحية ولا عشرها فأولى أن يسقط عنه وجوب الضحية وهو أقوى جرحاً من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدله عليه من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكفئاً فكان

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من مصلاً أو مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولا ينافي بزيادة يضاحقها يوم الأضحية وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المقتضى إلى الوجود ظاهراً بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويقوت بعض الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهولة والتخفيف والعثرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعيثها أو بغيره ثم قال ذلك البعض وسبق قول المصنف أنها تشبه الزكاة من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصرح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة إلى هنا كلامه أقول وهذا أيضاً ساقط جداً لأن الضحية إنما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعيثها أو بغيره كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر في علم الأصول من أن وجوب الأداء في الموقفات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها إنما ثبت آخر الوقت أذهناً يتوجه الخطاب حقيقة لأنه في ذلك الآن بانتهاء الترك لا قبله حتى إذا مات في الوقت لأشئ عليه والاضحية من هاتيك الموقفات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها التقرر سبب وجوب أدائها إذا ذلك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعيثها أو بغيره بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطابقة دون الموقفة كما نص عليه في علم الأصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقاً أي في أي وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لا ينقلب إلى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الضحية أيضاً هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الضحية أداء وقضاها بهلاك المال بعد أيام النحر أيضاً لكون دوام القدرة الميسرة شرطاً لا محالة وهو ما إذا المصنف بقوله المزبور بيان مشابة الضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الأحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث أنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب حيث قيد بهلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصرح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقرب من مصلاً أو مثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعةي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً أو الترك أصلاً فان ترك السنة أصلاً حرام وقد تجب المقابلة به لأن فيه ترك الأذان ولا مقابلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لفائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضاً بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقاداً أو تركها أصلاً فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت على الضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الأول بأن

معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليمتوضأ وقوله (والعبرة) بجواب عما استشهدوا به

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعةي (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقاداً الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (على ما قبل) يشهد بأن في تفريغها اختلافاً وقد ذكرنا ما يوافق تفريغ المصنف وذكر في الإيضاح أنه عبارة عما إذا وقعت التلافة أو الشاذ في أول منه عداً كل وأطعمه وهي من رخصة بالاضحية وعرض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانهم اسنة أبيكم إبراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والمستحبين اتفاقاً يراه الناس (٧٠) واجبة وأجيب عن الأول بأن المكتوبة الشرع وتضمن نقول بأنهم غير فرض

على ما قبل وانما اختص الوجوب بالحريية لانها وظيفة مالية تتأدى بالمال والمالك هو الحر وبالاسلام ليكون اقرباً وبالاتامة لما بيننا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به ومنين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وروى عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس عونه ويلى عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قرينة مختصة والاصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير وهذا لا تجب عن عبد وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد ووزر والشافعي رحمه الله يضحى من مال نفسه لامن مال الصغير فالخلاف في هذا كالاخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعاً لان هذه القرينة تتأدى بالارافاة والصدقة بعد ما تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحى من ماله وبأكل منه ما أمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنهم غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الا لزام فان قوله ضحوا أمر وهو الوجوب وقوله فانهم اسنة أبيكم أي طريقتهم فالسنة هي الطريقة المساوكة في الدين وعن الثالث بأنهم ما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراه الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بأنه مشترك الا لزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمراً وكان الأمر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله فانهم اسنة أبيكم على الطريقة المساوكة في الدين وهي تم الواجب أيضاً تعين جانبنا ولم نشترط في الا لزام قط فالصواب في تقريره الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيعيد الوجوب وقوله فانهم اسنة أبيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الأول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لاصل المدعى ولعل جهه والشراح انما يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعة غير صالح للمعارضة لما روينا ان الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروى من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحية لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحريية في قوله وانما اختص

وانما هي واجبة وعن الثاني أنه مشترك الا لزام فان قوله ضحوا أمر وهو الوجوب وقوله فانهم اسنة أبيكم أي طريقتهم فالسنة هي الطريقة المساوكة في الدين وعن الثالث بأنهم ما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراه الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحريية) بيان لشرط المذكور في أول الباب وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافرين تحضارها وقوله (لما روينا) إشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنتين مقداره) أي مقدار الوقت وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيراً أو كبيراً اذ لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والاصح أن يضحى من ماله) أي من مال الصغير (وبأكل) أي أي الصغير من الاضحية التي هي من ماله (ما أمكنه ويتناع عما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد بن رحمه الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في لحمها فليس له الا أن يطعم أو يأكل (قوله واجيب عن الأول بأن المكتوبة إلخ) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطني بإسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهم ما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع الحديث

قال

قال (ويذبح عن كل واحد

منهم شاة) كلامه واضح
قوله (وكذا اذا كان نصيب
أحدهم أقل من السبع
لا يجوز) كما اذا مات وتراء
امرأة وابنا وبقرة فضحيا
بها يوم العيد لم يجز لان
نصيب المرأة أقل من السبع
فلم يجز نصيبها ولا نصيب
الابن أيضا وقوله (يجوز
في الاصح) احتراز عن قول
بعض المشايخ رحمه الله
انه لا يجوز لان لكل واحد
منهم ثلاثة أسباع ونصف
سبع ونصف السبع لا يجوز
في الاضحية واذا لم يجز
البعض لم يجز الباقي ووجه
الاصح ما ذكره في الكتاب وبه
أخذ الفقيه أبو الليث
والصدر الشافعي رحمه الله
وقوله (الا اذا كان معه شيء
من الاكارع والجلد) بأن
يكون مع أحدهما بعض
اللحم مع الاكارع ومع الآخر
البعض مع الجلد صرفا
للجنس الى خلاف الجنس
وقوله (اعتبارا بالبيع) لان
في القسمة معنى التملك فلم
يجز تجارفة عند وجود القدر
والجنس وقوله (وقد
أمكن) يعني دفع الحرج
لان الشراء للضحية لا يمنع
البيع ولهذا واشترى
أضحية ثم باعها واشترى
منها لم يكن به بأس وقوله
(لما بينا) أراد به قوله لانه
أعدها للقرية فيمتنع عن
بيعها الى آخره

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القرية الا أن تركناه بالاثرو وهو ما روى عن جابر رضي الله عنه أنه قال
فخرنا مع رسول الله عليه السلام بالبقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقى على أصل
القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لانه لما جاز عن السبعة فعن
دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذنا بالقياس فيما لانص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل
من السبع ولا تجوز عن الكل لانه عدم وصف القرية في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال
مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها
لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحية وعنتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت
لان البسالة يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحية وعنتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين
نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقسما واجر فالأجوز الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد
اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يفحش بها عن نفسه ثم اشترى فيها ستة معه جاز
استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقرية فيمتنع عن بيعها نقولا والاشترى
هذه هففة ووجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشترىها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما
يطالبهم بعد فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفع الحرج وقد أمكن لان الشراء للضحية لا يمنع
البيع والاحسن أن يفعله ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في
القرية وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشترى بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر
أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة
ولا أضحية

الوجوب بالحريه فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحية لانها أي
الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤول الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في
العلة اختصاص الاضحية بنفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم
هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا
نقول لامعنى اختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذا لا شك في امكان عمل
التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم
المذكور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله
وانما اختص الوجوب بالحريه الخ والتقييم بالحريه لانها غير مبالغة مفتقرة الى الملك والحريه هو الملك
ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييم بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا
مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحريه وانما اختصه
القدوري في مختصره بالحريه على أن يكون كلفا اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده
هنا بقوله لانها مختصة به أنهم مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية
بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام
في هذا المقام منزلة اللغوفان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما فعله
باختصاصه بالحريه وبالاسلام وبالقائمة وبالمساروعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعمل
هنا مجرد تخصص القدوري وجوبه بالوقت بدون أن يبين ويعلم اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشيء

(قوله ولهذا واشترى أضحية ثم باعها واشترى منها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية يدخل بطولوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار الذبح حتى يصلي
 الامام العبد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل
 الصلاة فليعد ذبحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نكحه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان
 أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون
 أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشغل به عن الصلاة ولا معنى لتأخير في حق القروى ولا صلاة
 عليه ومارو يناده حجة على ذلك والثاني رحمه الله في نفي ما يجوز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر
 في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشأ الفجر ولو كان على العكس
 لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصري اذا أراد التجميل أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع
 الفجر لانهم انشبهوا الزكاة من حيث انها تقطع بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك
 النصاب فيعتبر في النحر مكان الخلل لا مكان الفاعل اعتبارا به بخلاف صدقة النظر لانها لا تقطع
 بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة
 أجزأه استحسانا لانهم صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها بأجزائهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز
 قياسا واستحسانا

وقوله (وमारو يناده حجة على
 ما ثبت والله اعلم) وما
 الله) اشارة الى قوله ومن ذبح
 بعد الصلاة فقد تم نكحه
 وأصاب سنة المسلمين فانه
 باطلا لانه يتناول ما قبل نحر
 الامام وما بعده وقوله
 (ولو ضحى بعد ما صلى أهل
 المسجد) معناه أن يخرج
 الامام بالناس الى الجبابة
 ويستأنف من يصلي
 بالضعفة في الجامع هكذا
 قصده على رضى الله عنه
 حين قدم الكوفة وقوله
 (أجزأه استحسانا) يشير
 الى أنه لا يجوز قياسا لان
 اعتبار جانب أهل الجبابة
 يمنع الجواز واعتبار جانب
 أهل المسجد يجوز وفي
 العبادات يؤخذ بالاحتياط
 ووجه الاستحسان ما ذكره
 في الكتاب وقوله (وقيل
 هو جائز) أي العكس جائز
 قياسا واستحسانا والفرق
 أن المستأنف في العبد هو
 الخروج الى الجبابة وأهل
 الجبابة هم الاصل وقد صلوا
 فيجوز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يحتج ما فيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطولوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لأهل الامصار
 الذبح حتى يصلي الامام العبد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره في المبسوط بقوله
 ومن ضحى قبل الصلاة في المصر لا يجزئه لعدم الشرط لعدم الوقت أقول في هذا الشك لان الحدين
 الذين ذكرهما لمصنف فيما بعد وجعلهما الاصل في هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة
 في بيان وقت جواز الاضحية لا يدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطولوع الفجر من يوم النحر في حق
 أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها في حق من عليه الصلاة بعد الصلاة في أين أخذ
 دخول وقتها بطولوع الفجر من يوم النحر في حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك
 فانه شك الباقي لانه اذا امتد الاضحية بالذبح بعد طولوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة في حق أهل
 الامصار بل لم يمكن أدائها قبل الصلاة في حقهم لعدم تحقق الشرط فمعنى جعل ذلك الوقت قبل
 الصلاة من يوم النحر وقت الاضحية في حق أهل الامصار أيضا وماترة ذلك والتظاهر أن مرة كون وقت
 وقت الواجب صحة اذا كان الواجب في ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب
 الرقابة قال في تحرير هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح في مصر وبعد طولوع فجر يوم النحر
 ان ذبح في غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث
 قال في منه وأول وقتها بعد طولوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة
 عليه ان ذبح في مصر وان ذبح في غيره لا وقال في نقل عنه في الحاشية في هذا من المواضع التي أخطأ
 فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم ينبه له تاج الشريعة انتهى
 كلامه أقول لا خطأ في كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها وأول وقتها أدائها الأول
 وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليه شرطا في حق أهل الامصار كان أول وقتها
 في حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقتها وجوبها بعد طولوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام
 قاضي خان في فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان في المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العبد انتهى (قوله
 ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبابة أجزأه استحسانا لانهم صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا
 بها بأجزائهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجوز قياسا وذلك لان اعتبار جانب
 أهل الجبابة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجهه وبعد الصلاة

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها الثلثان المتوسطان
لا غير فلا تدخل الليلة الأولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لأن وقت التضحية يدخل بطول يوم النحر
من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويقوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لقوعها
قبل وقتها ولا في ليلة النحر بقى المحض لخروجها وانما جازت في الليل لأن الليالي تسع للإيام وأما الكراهة فلما ذكر في الكتاب وقوله
(والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من الصدق) بمن الاضحية) أما في حق الموسر

فلا ينفقها تقع واجبة في
ظاهر الرواية أو سنة في
أحد قول أبي يوسف رحمه
الله والتصدق بالثلثين
تطوع محض ولا شك
في أفضلية الواجب
أو السنة على التطوع
وأما في حق المعسر فلان
فيها جمع بين التقرب بآفة
الدم والتصدق والأراقة
قربة تقوت نفقات هذه
الايام ولا شك أن الجمع بين
القربتين أفضل وهذا
الدليل يشمل الغني والفقير
وتشبهه بالصلاة والطواف
ظاهر فإن الطواف في حق
الآفاق لقواته أفضل من
صلاة التطوع التي لا تقوت
بخلاف المكي فإن الصلاة
في حقه أفضل (ولولم يضح
حتى مضت أيام النحر ان
كان أوجب على نفسه) بأن
عين شاه فقال الله على
أن أضحي بهذه الشاة سواء
مكان الموجب فقيرا
أو غنيا (أو كان) المضحى
(فقيرا وقد اشترى شاة بنية
الاضحية تصدق بها حية
وان كان) من لم يضح (غنيا)

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام
أيام النحر بقى كافة أيام ذبح ولنا ما روى عن عمرو بن دينار عن ابن عباس رضي الله عنهما أنهم قالوا أيام النحر
ثلاثة أفضلها أولها ووسطها قاله سماعة بن الأمامي لا يمتد إلى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا
بالمستحسن وهو الأفضل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة إلى أداء القرية وهو الأصل للمعارض
ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام النحر ثلاثون
ثلاثة والكلي يضي بأربعة أولها فخر لا غير وآخرها تشرى لا غير والمتوسطان تشرى وتشرى بقى والتضحية
فيها أفضل من الصدق بمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض ففضل عليه ولانها
تقوت نفقات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كما هي منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاق
(ولولم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها
حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أولم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية
التضحية عندها

من وجه فوقه الشك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول
هنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكره لان كون
صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف
وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة واللام يحجز العكس فاذا كانت كلتا
الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد إحدى الصلاتين قبل الأخرى واقتضى الأخذ
بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه
القياس الذي ذكره فكيف يتلوه القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهي جائزة في
ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام
النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد
أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان الاذان بعده ليسا بنحر
محض وانما هما نحر وتشرى بقى كإسما في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الأول
من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا
تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولولم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه
أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدراية قيد الإيجاب على نفسه غير مفيد
لأنه لو كان واجبا بدون الإيجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم هنا

(١٠ - تكملة ثامن) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أولم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها
أول بعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندها)

(قوله ولا شك أن الجمع بين القريتين) أقول لا يوافق المشروح ان لا تعرض فيه للجمع بين القريتين فإنه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار
قرائنه بفوات الأيام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصديق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم وموارد
المصنف التصديق بقيمة الغني الغير الموجب كما لا يخفى

فإذا زادت وقت التقرب بالاراقة) واستحق (٧٤) مستحق (وجوب التصديق) بالعين أو التهمة (أخرجه) عن العهدة كالجعة تنقض بعد
 قرات فلهذا هو الصحيح بعد
 الجعزة فدية (والبصير مع بينه
 من حيث ان قضاء ما وجب
 عليه في اداءه يجنس
 خلاف جنس الاداء
 قال (ولا يفتى بالعيباء
 والعوراء) هذا بيان
 ما لا يجوز التفتيح به
 والاصل فيه أن العيب
 الناحش مانع والبصير غير
 مانع لان الحيوان قلبا نحو
 عن بصير العيب والبصير
 ما لا أثر له في جهالة عوراء
 في ذلك لانه لا يصير بعين
 واحدة من العلف ما يصير
 بعينين رقلة العلف يورث
 الميراث والحديث المذكور
 دال على ذلك والعرباء البين
 عرجها هي ما لا يكتفى بالشي
 برجلها العرجاء وانما عتق
 بثلاث قوائم حتى لو كانت
 تضع الرابعة على الارض
 وتستعين بها جاز والعجفاء
 التي لا تنقي هي التي ليس
 لها نقي أي مخ من شدة الجف
 وبقيته كلامه واضح

فإذا زادت الوقت وجب عليه التصديق أخرجه عن العهدة كالجعة تنقض بعد قرات فلهذا هو الصحيح بعد
 الجعزة فدية (والبصير مع بينه من حيث ان قضاء ما وجب عليه في اداءه يجنس خلاف جنس الاداء
 قال (ولا يفتى بالعيباء والعوراء) هذا بيان ما لا يجوز التفتيح به والاصل فيه أن العيب
 الناحش مانع والبصير غير مانع لان الحيوان قلبا نحو عن بصير العيب والبصير ما لا أثر له في جهالة عوراء
 في ذلك لانه لا يصير بعين واحدة من العلف ما يصير بعينين رقلة العلف يورث الميراث والحديث المذكور
 دال على ذلك والعرباء البين عرجها هي ما لا يكتفى بالشي برجلها العرجاء وانما عتق بثلاث قوائم حتى لو كانت
 تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التي لا تنقي هي التي ليس لها نقي أي مخ من شدة الجف
 وبقيته كلامه واضح
 (قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك الى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنف وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين) أقول اطلاق القطع بالعين لعله بظريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذي يعطى له حكم الكل هو الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

أخبرت

قوله (وقيل معناه قول قريب من قولك) أي قول الأول وهو أن الأكثر من الثالث مانع لا مادونه أقرب إلى قولك الذي هو أن الأكثر من النصف إذا بقي أجزأه بالنسبة إلى قول من يقول أن الربع أو الثالث مانع وفي كون النصف مانعاً عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشف العضوي أول الكتاب وقوله (لأن القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الملع مافيه ملح وهو يشوبه شعيرات سود والوج نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير إخراج الخصيتين وقوله (فتمتعت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله (٧٥) (كافي نصاب الزكاة) فإنه إذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمه رب المال لأن النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعاً المال لا الذمة فإذا هلك المال سقطت الوجوب (وعن هذا الأصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لأن الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الأصل يوافق ما ذكره شيخ الإسلام رحمه الله أن المشتري إذا كان موسراً لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وإن كان معسراً ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمه الله تعالى يوجب ويرى الزعفراني عن أصحابنا أنهم لا تجب وهو رواية النجاشي وقوله (فأنكسرت رجلها) من باب ذكر الخصاص وإرادة العام فإنه إذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضحية للذبح كان

أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولك قول هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قول قريب من قولك وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما كما في انكشاف العضوي عن أبي يوسف ثم معرفة المقادير في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشدد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوماً أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً فإذا رأتها من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشدد عنها الصحة وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً حتى إذا رأتها من مكان أعلم عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثاً فالذهب الثلث وإن كان نصفاً فالنصف قال (ويجوز أن يضحي بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لأن لجمها الطيب وقد صرح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحمرين موهجرين (والشولام) وهي الجنونة وقيل هذا إذا كانت تعتلف لانه لا يحل بالمقصود أما إذا كانت لا تعتلف فلا تجزئ والجرباء إن كانت سمينة حازلان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانه نقص وأما الهمة وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه أن يبقى ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاه وهي التي لا آذان لها خلقة لا تجوز لأن مقطوعاً كثر الأذن إذا كان لا يجوز نديم الأذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (إذا كانت هذه العيوب فائقة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع أن كان غنياً عليه غيرها وإن فقيراً تجزئ هذه) لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداءً لا بالشراء فلم تعين به وعلى الفقير بشراؤه بنية الاضحية فتمتعت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الأصل قالوا إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى في أيام النحر على الموسر ذبح أحدهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجهما فاضطربت فأنكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسننا) عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله لأن حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكانت حصل به اعتباراً وحكماً (وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فأنقلت ثم أخذت من فورهم وكذا بعد فورهم عند محمد خلافاً لأبي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسألة الكتاب مشكل لأن عبارتهما أكثراً منها واذنبها بصيغة التفضيل والاضافة إلى الأذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر أن الأشد أن الربع ليس بأكثر من ثلثه وأربع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الأكثر من الثلث فسلان الأكثر من الثلث أذل من جواز النصف لم يصراً كثر الكل وفي رواية الأكثر من الثلث عنه لم يشترط بجواز النصف ولا الوصول إلى النصف بل اعتبار الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الأجزاء على هذه الرواية أيضاً ذهب أكثر الأذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الأكثر بما قبله من مسألة الكتاب فإن قلت ليس المراد بالاكثري عبارة مسألة

الحكم كذلك واعتقاد الأجزاء بالاستحسان لأن وجه القياس بخلافه لأن تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضحية وهي معيبة عندها فصار كالمالك كانت كذلك قوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمه الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعين به من أن يكون سبباً من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر

(قوله من باب ذكر الخصاص وإزادة العام فإنه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقابلة

قال (والأضحية من الأبل والبقر الخ) كلامه واضح وقيد بقوله في مذهب الفقهاء لأن عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما نبت
 في السنة ككذا في التوبة وقوله لأنهم أي الأصل في التبعية لأنه جزموا له هذا يتبعها في الرق والحريه وهذا لأن المنفصل
 من الفحل هو الماء وأنه غير محمل لهذا الحكم والمنفصل من الأم هو الحيوان وهو محمل له (٧٦)

قال (والأضحية من الأبل والبقر والغنم) لأنهم اعرفوا شرعاً ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام
 ولأن الضحية رضى الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله التي فصاعداً إلا الضأن فإن الجذع منه يجزئ)
 لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الآن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام
 نعمت الأضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا إذا كانت عظمه بحيث لو خلط بالثنيان يشبهه على الناظر
 من بعيد والجذع من الضأن ما عتله ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر
 والتي منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الأبل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس
 لأنه من جنسه والمولود بين الأذى والوحش يتبع الأم لأنهم أي الأصل في التبعية حتى إذا نزل الذئب على
 الشاة يضحى بالولد قال (وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فأت أحدهم قبل البقرة وأبجوها
 عنه وعنكم أجزأهم وإن كان شريكاً الستة نصراً نياً أو رجلاً زيد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه
 أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصداً للكل القرية وإن اختلفت جهاتها كالأضحية
 والقران والمتعة عندنا لا اتحاد المقصود وهو القرية وقد وجد هذا الشرط في الوجه الأول لأن التضحية
 عن الغير عرفت قرية بالآثر أن النبي عليه السلام ضحى عن أمته على حارو بنان من قبل ولم يوجد في الوجه
 الثاني لأن النصرة ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها وإذا لم يقع البعض قرية والاراقة لا تنجز
 في حق القرية لم يقع الكل أيضاً فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية
 عن أبي يوسف لأنه تبرع بالانلاف فلا يجوز عن غيره كالاتفاق عن الميت لكانت قول القرية قد تقع عن
 الميت كالتصدق بخلاف الاعتناق لأن فيه الزام الولاء على الميت (فلو بذبحوها عن صغير في الورثة أو أم ولد
 جاز) لما بينا أنه قرية (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقيون بغير إذن الورثة لا تجزئهم) لأنه لم يقع بعضها
 قرية وفيما تقدم وجدنا أن من الورثة فكان قرية قال (ويأكل من لحم الأضحية ويطعم الأغنياء والفقراء
 ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتمكم عن أكل لحوم الأضحية فكلوا منها وأدخروا مني جازاً كاه وهو
 غنى جاز أن يؤكله غنياً قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لأن الجهات ثلاثة الأكل والأدخار

فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصداً للكل القرية) لأن النص ورد على خلاف القياس في ذلك فإن قيل النص ورد في الأضحية فكيف يجوز مع اختلاف جهات القربى كالأضحية والقران والمتعة قلنا اعتد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافهما لكانت قول إذا كانت الجهات قرباً بالتحديد معناها من حيث كونها قرية بخلاف الإلحاق بخلاف ما إذا كان بعضها غير قرية فإنه ليس في معناها وإذا بطل في ذلك بطل في الباقي لعدم التجزئ وقوله (لما بينا أنه قرية) يشير إلى وجه الاستحسان وفي القياس لا يجوز لأن الارقة لا تنجز وبعض الارقة وقع نقلاً أو لحافاً صار الكل كذلك ولم يعكس لأن الواجب قد ينقلب تطوعاً بخلاف العكس والارقة قد نصير للحم مع نية القرية إذا لم تصادف محلها أو كانت في غير وقت الأضحية والارقة للحم لا تنصير قرية بحال قال (ويأكل من لحم الأضحية الخ)

الأضحية إما أن تكون مندورة أو لا فإن كان الثاني فالحكم ما ذكره في الكتاب وإن كان الأول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الأغنياء لأن سبيلها التصديق وليس للتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل ففعله قيمة ما أكل

وقوله (المارويينا) يعني قوله عليه الصلاة والسلام فكلوا منها واذا ذكروا والفقاع هو السائل من الفروع لامن القناعة والمعتز هو الذي يتعترض للسؤال ولا بأس وقوله (كالحل) بالخاء المعجمة والمهملة (والابازير) التوابل جمع أبارير بالفتح وقوله (في الصحيح) احتراز عما قيل أنه ليس في اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم عزلة الجلودان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سميعة عن محمد رحمه الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القرينة انتقلت الى بدله) لان تلك البديل من حيث القول شاقط فلم يبق الاجهزة القرينة وسبيلها التصديق وقوله (لانه في معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة قوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث اما انه يجاء بدمها ولها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا قال أبو سعيد الخدري رضي الله عنه هذا الاكل محمد خاصة أم لا ل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لا ل محمد خاصة والمسلمين عامة وقوله

المارويينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا الفقاع والمعتز فانقسم عليهما أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جرمها (أو يمل منه آلة تستعمل في البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير شريم (ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم البديل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استملاكه كالحل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول باللحم عزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدرهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استملاكه تصديق بعينه لان القرينة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أخته فلا أخته له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام المالك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزاء من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلدك يا وخطامها ولا تعط أجرة الجزاء منها شيئا والهي عنه نهى عن البيع أيضا لانه في معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أخته) وينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم إقامة القرينة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القرينة بها كافي الهدى ويكره أن يحلب لبنها فينتفع به كافي الصوف قال (والأفضل أن يذبح أخته) يكره أن يشهدا بنفسه لقوله (الذبح) وان كان لا يحسنه فالأفضل أن يستعين بغيره وإذا استعان بغيره ينبغي أن يشهدا بنفسه لقوله عليه السلام لافاطمة رضي الله عنها قومي فأشهدي أخته بك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكفاي) لانه عمل هو قرينة وهو ليس من أهلها ولو أصره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقرينة أقيمت بانابته ونيتة بخلاف ما إذا أصر المحوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (وإذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أخته الا آخر أجزأ عنهم ما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أخته غير بغيره لا يحل له ذلك وهو ضمان لقيمته ولا يجوز ثمنه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أصره فيضمن كما إذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنهم اتعنت للذبح لتعظيم الاضحية

ثلاثة الاكل والادخار المارويينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا الفقاع والمعتز فانقسم عليهما أثلاثا أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقر في علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا الفقاع والمعتز وجوب الاطعام والمذبح استحبابه فليتنامل في الجواب (قوله ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان البديل حكم البديل أقول لقائل أن يقول انه تعليل في مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أخته فلا أخته له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل في مقابلة النص غير مقبول على ما تقر في اصول الفقه فليتنامل في الدفع (قوله ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استملاكه كالحل والابازير اعتبارا بالبيع بالدرهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلا لان اعتبار ذلك بالبيع بالدرهم غير واضح فان الدرهم مما لا ينتفع بعينه أصلا لا مع بقائه ولا بعد استملاكها وانما هي وسيلة محضة فالقصد منها التمول لا غير بخلاف مثل الحل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استملاكه بخلاف أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذلك بدله وأما ثانيا فلا لان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدرهم اتناثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان في جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بانه جاز له الانتفاع بالجلد بخلافه الانتفاع بالبديل لان البديل له حكم البديل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدرهم أيضا الا أن آثار كذا القياس بقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه ولا تعط أجرة الجزاء منها فإذا أعطى أجرة الجزاء منها يصير بائع اللحم والجلد بالدرهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

سنى وجب عليه أن يضحي بهما بعينه في أيام الضرورة **مسألة** أنه يسد له غيرهما فصار المال
مستحقاً بكل من يكون أذله دلالة لانهما تقوت بضحي هذه الأيام وعساه يجر عن إقامتها
بغير فساد كما إذا ضحى بأحد الفصا بربطها فإن قيل يفوته أجر مشعب وهو أن يذبحها بنفسه
أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مشعباً لماعينه وكونه مجاز
به غير تضحية ولعلنا نثارهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهى أن من طبخ لحم غيره أو طعن
حنطة أو رفع بخرته فأنكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامناً ولو وضع
المالك اللحم في القدر والتدر على الكافون والحطب تحته أو جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو
رفع الجرة وأمالها إلى نفسه أو حمل على دابته فسقط في الطريق فأوقد النار فيه وطبخه أو ساق الدابة
فطعنها أو أعانه على رفع الجرة فأنكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ماسقاً فعطبت لا يكون ضامناً
في هذه الصور كلها استحصاناً لجود الأذن دلالة إذا ثبت هذا فنفق قول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد
منهم ما أضحية غيره بغير إذنه سر يحاق به خلافة زفر بعينه أو يتأني فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا
فيأخذ كل واحد منهم ما سواخه من صاحبه ولا يضمه لانه وكيه فيما فعل دلالة فإذا كانا قدأ كلا ثم علنا
نأجل كل واحد منهم ما صاحبه ويجزئ ما لا ندلوا طعمه في الابتداء يجوز أن كان غنياً فكذلك أنه لا يحل
في الإنماء وأن تشا فكل واحد منهم ما أن يضحي صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانهما يدل عن
لحم فصار كالوابع أضحية وهـ هذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أنفط لحم
أضحية غيره **مسألة** كان الحكم ما ذكرناه (ومن غصب شاه فضحى بها ضمن قيمته أو جاز عن أضحيته)

(س) في وجوب عليه أن يشتري
بها بيمينته في أيام النحر
أي فيما إذا كان المنهي
فقيرا (ويكره أن يبدل بها
غيرها) أي فيما إذا كان
غنيا قال صاحب النهاية
هكذا وجدت بخط شيخني
رحمه الله وقوله (فصار
كالرباع أخضيته) يعني أنه
لو باع أخضيته واشترى
بقيمتها غيرها فلو كان غيرها
أنقص من الأولى تصدق
بما فضل على الثمانية
ولم يشتري مض أيام
النحر تصدق بيمينته وقوله
(ومن أناف لحم أخضيته
غيره) متصل بقوله وان
تشاها يعني أن تشاها عن
التحليل كان كل واحد
منهما متلفا لحم أخضيته
صاحبه ومن أناف لحم
أخضيته صاحبه كان الحكم
فيه ما ذكرناه وهو قوله
فكل واحد منهما أن
يمن صاحبه قسمة لحمه

عليه غير انتهت. وإذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخيل والاباز برعلى
عدم جواز بيعه بالدرهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدرهم وقد تقر في أصول الفقه
أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن القياس فلا يظهر أن يترك القياس على البيع
بالدرهم في تعديل هذه المسئلة ويقال في تعليقه الآية لا يصح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه
لعدم الانتفاع به كالانتفاع به عين الجلد فلم يكن حكمه حكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقاءه
كما مر وقد أشار إليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الأشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء
عينه من منافع البيت كالخرب والمختل لان المبدل الذي يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل
فكان المبدل قائما معني وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدرهم أو الدنانير لان
ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معني انتهى (قوله
فصار كالموابع أضحيتها) قال جماعة من الشراح في بيان معنى هذا الكلام يعني أنه لو باع أضحيتها
واشترى بثمن غيرها فلو كان غيرها ناقص من الأولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام
انحصر تصدق بثمنها كله انتهى أقول قد تكلموا في بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه
أصورتين فزادوا في الصورة الأولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصديق في تلك الصورة في بعض الثمن
دون كله وزادوا في الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس في كلام المصنف هذا ما يدل على شيء من ذلك
وليس في المقام ما يقتضي شيئا منها كما لا يخفى مع أن الأمر في معنى هذا الكلام على طرف التمام بحمله على
حذف مضاف أي كالموابع لحكم أضحيتها فيكون المراد به الإشارة إلى ما حرر في الكتاب من قوله ولو باع الجلد
والحلم بالدرهم أو بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه تصدق بثمنه تدير (قوله ومن أنلف لحلم أضحيتها غيره كان
الحكم ما ذكرناه) قال في العناية وقوله ومن أنلف لحلم أضحيتها غيره متصل بقوله وإن تشاح يعني أن
تشاح عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحلم أضحيتها صاحبه ومن أنلف لحلم أضحيتها صاحبه كان
الحكم فيه ما ذكرناه وهو قوله فليكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمة انتهت أقول ليس هذا

وقوله (لانه ملكها بسابق الغصب) يعني فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفي في التضحية لا يقال الاستناد بظهور في القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فانت لانها عبارة عن فعل المضحي لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصبح أن يقال يظهر الاستناد فيها ولا يظهر فان الملك ثبت في الشاة المذبوحة ويستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

(٧٩)

كتاب الكراهية

أورد الكراهية بعد
الاضحية لان عامة مسائل
كل واحدة لم تخل من أصل
أو فرع ترد فيه الكراهية

(قوله لانا نقول الاراقة
ليست من المملوك) أقول
يعني ليست من المملوك
لاحد (قال المصنف بخلاف

مالو أودع شاة فضحي بها
لانه يضمه بالذبح فلا
يثبت للمالكه الا بعد الذبح)
أقول قال صدر الشريعة
في شرح الوفاة أقول بل
يصير غاصبا بمقدمات
الذبح كالاضجاع وشهد

الرجل فيكون غاصبا
قبل الذبح انتهى وأجاب
عنه صاحب الدرر بان

حقيقة الغصب كما تقر
في موضعه ازالة اليد المحقة
وابتات اليد المبطله وغاية
ما يوجد في الاضجاع وشهد

الرجل اثبات اليد المبطله
ولا يحصل به ازالة اليد
الحقة وانما يحصل ذلك
بالذبح كاذن اليه الجمهور

انتهى وان شئت فراجع
في كتاب الغصب ونحن
نقول الاولى في الجواب أن

يقال قد سبق أن مقدمات
الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليعلم
ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشهد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على
المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليعلم ان انتهى
كلام يعقوب باشا

لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف مالو أودع شاة فضحي بها لانه يضمه بالذبح فلم يثبت للمالكه الا بعد
الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجهه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضم صاحبه قيمة لحمه مسألة تامة
لابداه أن دليل مغاير لها وفي التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وأن تشاحا وضم اليه
نال مغايرتالي المسئلة غير مذكور في الكتاب أصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما
متفالحم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة
ومن أئلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندي أن قول المصنف ومن
أئلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من
صاحبه كان اللحم له بما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة
وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضم صاحبه قيمة لحمه فعنى الدليل أن تضحية كل
واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذي أئلفه بالا كل لصاحبه لان نفسه ومن أئلف لحم
أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعري أن صاحب التوجيه
الاول ما ذابصنع في حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل
يحل له وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يحل له متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر
هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهية
الارى أن التضحية في ليالى أيام النحر مكرهة وكذا التصرف في الاضحية بمجرد صوفها وحلب لبنها
وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكبشى وغير ذلك كما أن الامر في كتاب الكراهية كذلك كذا في
الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت في ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد في الجامع الصغير
باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى في مختصره وتبعه المصنف وسماه محمد في الاصل بالاستحسان
وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكاظم الشهيدي والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغنى وغيرها
وسماه الكرخي في مختصره بالخطر والاباحة وتبعه القندورى في مختصره والامام قاضى خان في فتاواه
وكذا وقع في الحقة والتممة والايضاح ولكل وجهة هو موليها أما وجه التسمية بالكراهية فلان
بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع
وما تحبه ولفظ الاستحسان أحسن قلب به أولان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها
وأما وجه التسمية بالخطر والاباحة فلان الخطر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما
أباحه كذا ذكر وجه كل منهما فى الاختيار شرح المختار وفى شرح الكنتز لا امام الزيلعى ثم ان الكراهية

الذبح في حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليعلم
ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشهد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على
المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليعلم ان انتهى
كلام يعقوب باشا

قال رضى الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمزوى عن محمد نصاب كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصابا قطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب وهو يستعمل على فصول منها
(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله بكره لحوم الاثني وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل)

في اللغة مصدر كره الشيء كرها وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيئا وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيئا وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغته والكراهية ليست بضد لا لارادة عندنا فإن الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس راض بهم ما ولا يحب لهم ما وان كان الكفر والمعاصي بأرادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة أيضا على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشرع فبعضها هو مذ كور في الكتاب (قوله قال رضى الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلاف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصابا قطعاً لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في أن الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب ثم إن هذا أحد المكروه كراهية تحريم وأما كراهية المكروه كراهية تنزيه فالى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكرنا في الكتب ولبعض المتأخرين هنا كلمات طويلة الذيل لاحاصل لها تكرر كذا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهية الاطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاثني وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا بأس بأبوال الابل) قال جماعة

ألا يرى أن في وقت الاضحية من ليل إلى أيام النحر وفي التصرف في الاضحية يجزئ الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهية وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك

من الشراح خص الاثني مع كراهية لحم سائر الجمل ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الانات انتهى يعنون أنه لو قال تكمه لحوم الجمل وألبانها رجع الضمير في ألبانها الى الجمل المذ كور فيها قبل وذلك يعم المذ كور والانات فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الرجوع الى مطلق الجمل على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الجمل وانما تحقق في اناتها التي هي الاثني نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا بتقدير وتأويل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظر الى ظاهر التركيب فستقطعت عن كلامهم وتأخذ بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهية لحم الاثني بالذ كور ولم يذكر كراهية لحم غيرها مما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بأنه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعاد كما يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيئا فيما نحن فيه أصلا فإن ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير مخصص في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الاثنية المذ كورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أم لا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقي فغير تام أيضا لان ذكر ما ذكر مرة وبين مستوفى تذكيرا للبواقي المذ كورات ليس من أدب المصنفين ولا عاينهم أصلا ثم أقول الاوجه أن يقال انما خص الاثني بالذ كور مع كراهية لحوم غيرها أيضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهية لحوم الاثني انما ذكرتها هنا نوطئة لكراهية ألبانها التي لم تذكر فيما مر فقط ولا مدخل لتكرار كراهية لحوم غيرها في النوطئة لذلك فلا جرم خص الاثني بالذ كور دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد بن أبي الخليل الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان المصنف أيضا ذكره في الهداية والبداية فلهذا التكرار تطعا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

فصل في الاكل والشرب (قوله ألا يرى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك) أقول فيه بهت الا أن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس به التداوى وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيد ما والابن متولده من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في آنية الذهب والفضة انما يجزى جزي بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشرب في آنية فضة فلم يقبله وقال ثم انا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الجامع الصغير لم يذكره المصنف ههنا وما كونه مأخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيئا في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره مأخوذ من قول محمد فانما ذكره مسئلة ثم تلي التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به التداوى) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن يول ما يؤكل لحمه نجس لما روي في كتاب الطهارة فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل حل شربه عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذکور ههنا بنفي البأس عن شربه للتداوى وشربه التداوى ليس بحرام عندده وان كانت نجس انما كفاية العريين كما مر بيانه في كتاب الطهارة قال صاحب غايه البيان في هذا المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا لأنه أطلق شربه للتداوى وقد مر بيانه في كتاب الطهارة في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم النرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذکور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عما يك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تنفع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لأبوال الابل أيضا (قوله وقد بيناه هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبايح فلا نعيدها) أقول في رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الات من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شيء من كُتاب الصلاة والذبايح وانما بينت في كتاب الطهارة في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مررت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبايح ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منه ما قبل أن يحمل الماراد بهذه الجملة في قوله قد بيناه هذه الجملة على ما عدا الألبان بقريته بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منه ما قبل أن الطهارة كما كانت من شروط الصلاة ومبادئها عبر المصنف عن كتاب الطهارة بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذکور اشارة الى تقييد نفسه فيما فعل في أول كتابه من ترجمة الطهارة بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعقل أن يقصد الاشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجهها وجه الايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا والتداوى فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هناك لكن بني دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

قوله (واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه) برده عليه ابن الخليل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن ابن الخليل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما ما لم أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجزى جزي بطنه نار جهنم قيل معناه يرد من جزي الفصل اذا ردد صوته في حنجريته ونارا منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات

(قوله برده عليه ابن الخليل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

وقوله (لأنه في معناه) أي
لأن الأدهان من آنية
الذهب في معنى الشرب
منه لأن كل ما استعمل
لهما الحرم هو الحرام
قبل صورة الأدهان المحرم
هر أن يأخذ آنية الذهب
أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس وأما إذا أدخل
يده فيها وأخذ الدهن ثم
صبه على الرأس من اليد
لا يكره قال صاحب النهاية
شكنا ذكره صاحب الذخيرة
في الجامع الصغير وأرى
أنه مخالف لما ذكره
المصنف في المسئلة أن
الكحل لا بد وأن يفصل
عنها حين الاحتكاك ومع
ذلك فقد ذكره في المحرمات
المضرب المشدود بالضباب
جمع ضبة وهي حديدة
عريضة والمشهد المسن
والفر ما يجعل تحت ذنب
الدابة

وأثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بربى المشركين
والمشرفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراعاة التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لمعوم النهي
وكذلك لا كل بلعة الذهب والفضة والاكتحال بعيل الذهب والفضة وكذلك ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرأة
وغیرهما المذكورنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبازرو العقيق) وقال الشافعي
يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاحية المتأليس كذلك لأنه لما كان من عاداتهم التفاضل بغير الذهب
والفضة قال (ويجوز الشرب في الآنية المفضضة عن أبي حنيفة والركوب على السرج المفضض
والجاسوس على الكرسي المفضض والسري المفضض إذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفهم
وقيل هذا وموضع اليد في الاحتكاك في السري والسرج موضع الجاسوس وقال أبو يوسف يكره ذلك
وقول شافعي يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف وعلى هذا الخلاف الآنية المضرب بالذهب والفضة
والكرسي المضرب بهما وكذلك إذا جعل ذلك في السيف والمشهد وحلقة المرأة أو جعل الخدع مذهبها
أو مفضضا وكذلك الاختلاف في اللجام والر كلب والنقرا إذا كان مفضضا وكذلك الثوب فيه كتابة يذهب
أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخص فأما التوبة الذي لا يخص فلا بأس به بالاجماع

طهارته لم يلزم عنده الأمن حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كلسبق
فبناء حله على طهارته ودور ظاهر إلى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جدا لأن حله إنما يكون على
لطهارته في العقل بأن يسير دليلا عليها وأما طهارته فأنما تكون على حله في الخارج فاختلفت الجهة
وهذا نظير ما قالوا في العزوم العقلية أن الحلي على العفونة في الذهن والعفونة على العلة لعمى في الخارج
فلا يستدل بالحلي على العفونة برهان أني وبعبك برهان لمي ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر
وأثره فإن الأول علة لثاني في الخارج وإن كان الثاني علة للأول في العقل أي دليلا عليه ومن هذا
القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله وإذا ثبت هذا في الشرب فكذلك في الأدهان
ونحوه لأنه في معناه) أي لأن الأدهان في آنية الذهب والفضة ونحوه في معنى الشرب منها لأن كلام
ذلك استعمال لها والحرم هو الاستعمال بأي وجه كان لما فيه من التحريم والاسراف فيشمل الأدهان
والتمطيب أيضا وفي النهاية قيل صورة الأدهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة ويصب الدهن
على الرأس أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صببه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب
الذخيرة في الجامع الصغير أده قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف في
المسئلة فإن الكحل لا بد وأن يفصل عنها حين الاحتكاك ومع ذلك فقد ذكره في المحرمات انتهى أقول
يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم في أواني الذهب والفضة وآلاتها هو استعمالها واستعمال آنية
الذهب والفضة عند ارادة الأدهان منها أنما يتحقق في العرف والعادة بأخذ آنية ما وصب الدهن منها
على البدن لا بدخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صببه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة
فأنما يتصور عادة بادخال المبل فيها ثم الاحتكاك به فانهصال الكحل عنها حين الاحتكاك لا بدخ في تحقيق
استعمالها فافتروا واعتراض صاحب التسميل على ما قيل في صورة الأدهان المحرم بوجه آخر وهو أنه
يقضي أن لا يكره إذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بعمامة ثم أكل منها وكذا إذا أخذ بيده
وأكله منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب مما ذكرناه في دفع ما قاله صاحب العناية في
المسئلة حيث قال بعد ذلك الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف
على مرادهم أما الأول فلأن من في قولهم من أنما ذهب ابتدائية وأما الثاني فلأن مرادهم أن الأدوات
المصنوعة من المحرمات أنما يحرم استعمالها إذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فإن
الأواني الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لأجل أكل الطعام أنما يحرم استعمالها إذا أكل الطعام

(قوله من آنية الذهب)
أقول والفضة كذلك (قوله)
قبل صورة الأدهان المحرم
إلى قوله لا يكره) أقول وفي
شرح ويحتمل هذا التفصيل
في الأكل والشرب أيضا
(قوله وأرى أنه مخالف لما
ذكره المصنف في المسئلة إلى
قوله في المحرمات الخ) أقول
لكن المكحلة لا يأخذ
المكحلة بيده ويضع فيها
المبل بخلاف الآنية
لا يحتاج فيه إلى الاحتكاك باليد

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولا يبي خفيفة رجه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتواضع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسامر الذهب في الفص قال (ومن أرسل أجير الله مجوسياً أو خادماً فاشترى الخ ما فقال اشترى به من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعته أكله) لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

منها باليد أو المعلقة لأنها وضعت لأجل ابتداء الاكل منها باليد أو المعلقة في العرف وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاواني الصغيرة المصنوعة لأجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لأنها انما صنعت لأجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من في قولهم من اناء ذهب ابتداءً ثم زائد بل محتال أما اولاً فلان المذكور في عبارة عامة المشايخ في آنية الذهب والفضة بكلمة في بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعبرات وانما وقعت كلمة من في كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانياً فلانه لا تأثير لابتداء في تشسية الجواب الذي ذكره ناذيكني فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال في الابتداء أو في الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن في بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المحييط بل بوجود ماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال في الصورتين وعدمها في الثالثة فان الماسة تأثير في الحرمة كما سيجي ومن وجوب الانتفاء عن موضع الفضة في الاناء المفضض أو الممضب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذي زعمه حقا النقض الذي أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعة ثم أكل منها أو أخذ بيده وأكله منها لم يوجد هناك ماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالخاص الكلي هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو الممضب فمعرل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو خنيفة في حرمة الشرب منه ماسة العضو بالجزء الذي هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحبها ولكل من الجانبين أصل يأتي بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعهما في التعليل جرياً على رواية كون قول محمد في هذه المسئلة مع أبي يوسف وان كان أفرداً بايوسف في بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافي فأفرد ههنا أيضاً حيث قال احتج أبو يوسف بموم ما ورد من النهي ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقض ما في الكافي قلت ورد النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المنقوض والممضب ممنوع وقال في الجاشية ترد الما في الكافي من احتجاج أبي يوسف أقول ليس ذلك بتمام لان ما ورد من النهي عن الشرب في اناء الذهب والفضة ان لم يعم المنقوض والممضب عبارة بعمه ما دلالة كعمومه لا ادهان منه ونحوه وكعمومه لا كل بلعة الذهب والفضة والا كتحال بمثل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالسحلة والمرآة وغيرهما فان المدار في كاهاتنا وال النهي الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال في المحيط البرهاني حجتهم ما العومات الواردة بالنهي عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملاً كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة في استعمال الذهب والفضة

(ولا يبي خفيفة رجه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتواضع) حكى أن هذه المسئلة وقعت في دار أبي جعفر الدواني بمحضرة أبي خنيفة وأئمة عصره رجعهم الله فقاتل الأئمة يكره فقبل لا يبي خفيفة ما تقول فقال - ان وضع فيه على الفضة يكره والا فلا فقبل له ما لجة فيه فقال رأيت لو كان في اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أكره فوقف كهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجير الله مجوسياً الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال
(ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد واجارية والبيعي) لان الهدايا تبعت عادة على
أبدى هؤلاء وكذا لا يمكنكم استحباب اليهود على الاذن عند الشرب في الارض والمبايعة في السوق
فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه
ان يأخذها لانه لا فرق بين ما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت التسمية بالاكسرة والبطارية فكل ما كان به هذا المعنى يكره بخلاف خاتم النضة
والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال
الامام الزياطي في شرح الكنتراي يوسف ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهم ما أنه عليه السلام قال من
شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شيء من ذلك فإنه يجزى جر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني
انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على
أبي حنيفة رحمه الله ان لم نجد في روايات البخاري وغيره الاخبار عن زيادة أو اناء فيه شيء من ذلك
وقال في الحاشية رد لما ذكره الزياطي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجوده تلك الزيادة
فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرحلها أو قد بين الامام
الزياطي طريق أخر اخرج ما ذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك
البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فوسان مدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله
معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال
اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس
المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيره ما فانه
من مسائل كتاب الذبائح وقد مر مستوفى وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في
المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله
وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير بركابه
(قوله لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل قوله
لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لاصحالة اولى ان يقبل في الحرمة لان
الحرمة مر جئة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه
أكله ركاكة جدا لان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه
ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما
قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغوم الكلام والحق عندي في شرح
كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من
يهودي أو نصراني أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل كل ما اشتراه كما صرحوا به فاطبة اولى ان يقبل قوله
في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة
ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو بنفسها لما
قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعت عادة على أبدى هؤلاء انتهى أقول
لما منع أن يمنع أن نفس الجوارى والعبيد تبعت عادة على أبدى هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من
الهدايا فانها تبعت عادة على أيديهم بلا مجال التكريم من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة
الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني أقول ولما منع أن يمنع أن عدم قبول قوله من
اهداءهم واليهم أنفسهم يؤدي الى الحرج لا مكان اهداءهم على أبدى غيرهم من سائر العبيد والجوارى

وقوله (لانه لما قبل قوله في
الحل) يعني في قوله وسعه
أكله فانه يتضمن الحل
لاصحالة اولى ان يقبل في
الحرمة لان الحرمة مر جئة
على الحل دائما واتى برواية
الجامع الصغير لان الهدية
فيما انفصل الجارية وقوله
(لما قلنا) راجع الى قوله
لان الهدايا تبعت عادة على
أبدى هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعت
على أبدى هؤلاء عادة) أقول
يمكن أن يمنع اشتراط العادة

قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلا يشترطنا شرطاً يؤدي إلى الخرج فيقبل قول الواحد فيها عدلاً كان أو فاسقاً ككافراً أو مسلماً عبداً أو حراً ذكراً أو أنثى دفعا للخرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متمم والكافر لا يلزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتم له المعاملة الا بقبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة انه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيه ما أكبر الرأي

أو العبدان وعدم القدرة على غيرهم أصلاً نادراً لا يعد مثله مؤدياً إلى الخرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقاً على أيدي غير جنس العبيد والجواري والصبيان فان فيه حرجاً بيناً سيما في اهداء الامور الحسنة (قوله ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل) قال في التلويح قيل لذكرك في الاسلام في موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل في مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحري وفي موضع آخر انه يشترط التحري وهو المذكور في كلام الامام السرخسي ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان نفسه هذا فيشرط ويجوز أن يشترط استحساناً ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتاً انتهى أقول بشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل في الديانات أيضاً بشرط التحري كما سيأتي التصرح به في الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدي الروايتين وهي رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندي هو التوجيه الثاني فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ لا رخصة لقبول قول الفاسق في الديانات بدون التحري (قوله ولا يقبل فيها قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتماد العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبي حنيفة في الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذالم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقر في كتاب الشهادات فكان أحد شطري الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقة ثم لا ريب أن المستور ظاهر العدالة تقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف ففي غير ظاهر الرواية أيضاً لم يلزم عدم اعتبار أحد شطري الشهادة فلم يدل ما ذكره على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبي حنيفة في الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما تعتبر شهادته في القضاء عند أبي يوسف ومحمد رحمه الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف في كتاب الشهادات والفتوى على قولهما في هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلاً عن شمس الأئمة السرخسي حيث قال قال شمس الأئمة السرخسي في أصوله وروى الحسن عن أبي حنيفة انه بمنزلة العدل في رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهراً بالحديث المروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما ثبتت مع الشبهات اذالم يطعن الخصم ولكن ما ذكره في الاستحسان أصح في زماننا فان الفسق غالب في أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته في القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا بين اختلاف نحرر بعض المتأخرين في هذا المقام حيث قال في شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور في

وقوله (ولا يقبل فيها) أي في العبادات (قول المستور) وقوله (جرياً على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعني اذالم يطعن الخصم وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطري الشهادة ليكون الخبر ملزماً وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة وقوله (حتى يعتبر فيه) أي في الفاسق والمستور اذا أخبر بجحاسة الماء (أكبر الرأي)

وفوله (ويقبل فيها) أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان خبره مؤلف في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه
بأنهم تنفقه أو لا تنفقه يتعدى منه إلى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الأولية على الغير وقوله (مادكرناه) إشارة إلى الهدية والأذن وقوله (فان)
كان أكبر رأيه أنه كاذب
بتوضاؤه) يعني حكمه في
الاحتياط والاحتياط في
التيمم بعد الوضوء وان لم
يتراجع أحد الوجهين قيل
الأصل الطهارة وقوله (لما
قلنا) إشارة إلى قوله أما
التحرى فجرد ظن فقيهه
احتمال الخطأ وقوله (ومنها)
أي من البيانات (الحلل
والحرمة) يقبل فيهما خبر
الواحد العدل اذا لم يتضمن
زوال الملك كالأخبار بحرمة
الطعام والشراب يقبل
فيها قول العدل فلا يحل
الأكل ولا الاطعام لانها
حق الله تعالى فيثبت بخبر
الراحد ولا يخرج عن
ملكه لان بطلان الملك
لا يثبت بخبره وليس من
ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك وأما اذا تضمن
زواله فلا يقبل كما اذا أخبر
رجل أو امرأه بعد
الزوجين بأنهما ارتضعا من
امرأة واحدة بل لا بد فيها
من شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين لان الحرمة
ههنا مع بقاء النكاح غير
متصور فكان متضمنا لزوال
الملك فن قيل قد تقدم
قوله لانه لما قبل قوله أي
قول المجوسي في الحل أولى
أن يقبل في الحرمة وهو
يدل على ان العدالة في الخبر
بالحل والحرمة غير شرط

وقوله (ويقبل فيها) أي في البيانات قول العبد والحر والامة لان خبره مؤلف في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما في رواية الاخبار لانه
بأنهم تنفقه أو لا تنفقه يتعدى منه إلى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الأولية على الغير وقوله (مادكرناه) إشارة إلى الهدية والأذن وقوله (فان)
كان أكبر رأيه أنه كاذب
بتوضاؤه) يعني حكمه في
الاحتياط والاحتياط في
التيمم بعد الوضوء وان لم
يتراجع أحد الوجهين قيل
الأصل الطهارة وقوله (لما
قلنا) إشارة إلى قوله أما
التحرى فجرد ظن فقيهه
احتمال الخطأ وقوله (ومنها)
أي من البيانات (الحلل
والحرمة) يقبل فيهما خبر
الواحد العدل اذا لم يتضمن
زوال الملك كالأخبار بحرمة
الطعام والشراب يقبل
فيها قول العدل فلا يحل
الأكل ولا الاطعام لانها
حق الله تعالى فيثبت بخبر
الراحد ولا يخرج عن
ملكه لان بطلان الملك
لا يثبت بخبره وليس من
ضرورة ثبوت الحرمة
بطلان الملك وأما اذا تضمن
زواله فلا يقبل كما اذا أخبر
رجل أو امرأه بعد
الزوجين بأنهما ارتضعا من
امرأة واحدة بل لا بد فيها
من شهادة رجلين أو رجل
وامرأتين لان الحرمة
ههنا مع بقاء النكاح غير
متصور فكان متضمنا لزوال
الملك فن قيل قد تقدم
قوله لانه لما قبل قوله أي
قول المجوسي في الحل أولى
أن يقبل في الحرمة وهو
يدل على ان العدالة في الخبر
بالحل والحرمة غير شرط

ظاهر الرواية أي ولا يقبل قوله في البيانات في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه
لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر مؤثما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى
فإن جعل ماذ كروود وجهها لصحة ظاهر الرواية وجهها لنفس ظاهر الرواية عن أبي حنيفة فبغير دليل عليه قطعا
أن حقيقة العدالة ليست بأحد شرطى الشهادة عند أبي حنيفة بل يكفي ظاهر العدالة عند أبي حنيفة في قبول
الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق في المستور فمضى اعتبار حقيقة العدالة في قبول قوله في
البيانات في ظاهر الرواية عنه فسدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول
لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا حال عن الفائدة اذ لا يشبهه على أحد قبول قول الحر في كل
أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافي ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال
ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية في شرح هذا المقام
وقوله ويقبل فيها أي في البيانات قول الحر والعبد والامة لان خبره مؤلف في أمور الدين كخبر الحر اذا
كانوا عدولا كما في رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد ههنا السارح في الظن ورفعة حيث أتى بمحذور
آخر في كلام نفسه فانه قال لان خبره مؤلف في أمور الدين كخبر الحر ولا شأن أن كلمة مؤلف من جموع
أسماء الإشارة فتكون ههنا إشارة إلى الاشياء الثلاثة المذكورة وهي العبد والحر والامة فيصير معنى كلام
السارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة في أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا ولا قيد دخل
المشبه به في المشبه ولا يخفى فساد و قال صاحب النهاية ويقبل فيها أي في البيانات قول العبد والحر
والامة لان في أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما في رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو
دأبه في أكثر المواضع أقول في كلامهما أيضا فوع محذور لانهما جعلوا الحر مقيسا عليه أو مشبها به وهو
داخل أيضا في المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا ههنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به
لا حد قرينه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعالم التام الشامل الكل ماذ كره المصنف بقوله لان عند
العدالة الصدق راجح والقبول راجح (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى
لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان
الراجح أن يتجنب تلك الأعضاء واذا نجست أعضاؤه لم تجز صلاته ما لم تظهر والمفروض انتفاعه آخر
مظهر والام يجوز التيمم فكان ينبغي أن يكون الاحتياط اذ ذاك في ترك الأراقعة لتأديها إلى محذور شديد
بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتي من بعد فان التيمم ههنا بشئ
ظاهر فلا يلزم محذور أصلا فليست أمله (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلامعنى للاحتياط بالاراقعة)
أقول لقائل أن يقول لانه لم يسقط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

فكان كلامه متناقضا أوجب أن ذلك كان ضمنيا أو لا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد ههنا ما كان قصديا قال
(قوله أوجب بأن ذلك كان ضمنيا) أقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد ههنا ما كان قصديا قال
المصنف ههنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنائز) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة

الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنهم اسسوا في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغى أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جازا اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الا ان يقال ليس بقياس كإشعاره بقوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ لا دليل

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجدتة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعدوا كل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهم هذه امره فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغى أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكري مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يقعد الاغلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف فيمنع من لان عند العدل الصدق راجح والقبول لجهالة الجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتمد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة يسقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان مترجعا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما لا كذب في العدالة فمما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطهم امثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فمما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة الخبر فان الحاصل هنالك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها الما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم انباحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنهم اسسوا في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظور فيه لانهم ان أرادوا بقوله انهم اسسوا في قوة الواجب أنهم امثل الواجب في الاحكام كما يفتح عنه قول صاحب النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيهم اعلى وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقر فيه كرن السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعلا أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعلا أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقوله انهم اسسوا في قوة الواجب مجرد بيان تأكد نسبتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكد انما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنائز فرض لواجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحدا الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنائز في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيئا فقيها فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم اتياحة كلاما زائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشي له ثم أقول
 يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الاقامة
 تنقلب الى الواجب بقاء أي بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالاستقامة اجابته كما
 أشار اليه المصنف فيما بعد فيسير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام
 اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
 سيجي وفيكون قوله كصلاة الجنائز واجبة الاقامة وان حضرتم اتياحة قياس الواجب على الواجب في
 المثال فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا
 لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنائز يحضرها اتياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة
 فلا نسلم أن اجابته سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقرير بل لان حق الدعوة يلزمه
 بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة
 المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقرير
 الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بلمه وفيها التمسك بالاجابة ابتداء كما سيجي فاذا عرف
 المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل
 قوله فوجدت عليه الجلاس والصبر والاكل وهذا اجابة انتم اعفها ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد
 عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجي وان
 الدعوة اذا قارنت شيئا من الالهو لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك
 فلا يتم التقرير بوجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتأمل
 الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء
 أما ما لو عن التحصيل ابتداء فلا لانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط ان لا يتصور تحقق اجابة الدعوة
 انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بهدم مجيئه الى
 محل الدعوة أصلا لا لاجل اجابة تلك الدعوة فان كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابته
 انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة
 ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها أجاب وذهب الى محل الدعوة فوجدت عليه اعباء أو غناء فلم يقعد ولم
 يأكل فانه يوجد هناك الاجابة ابتداء لانتهاء كما لا يخفى وصورته الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى
 ولم يقدر على منعهم كما سيجي في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة
 انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القم الثالث
 ههنا فلا يتصور وقوعه اه فرغم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدرك أن تحقق
 انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما ما لو كلامه عن التحصيل
 انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجهه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء
 اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه
 انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ماذا كره في وجهه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل
 الحضور أن الدعوة قارنت شيئا من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجي في الكتاب وذكر ذلك القائل
 أيضا في أثناء كلامه ويكفي لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه
 وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للدعوة انتهاء اذا هجم عليه
 انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند لمنع المذكور
 ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ماذا كره وجهه الاندفاع

وقوله (ودلت المسئلة على أن

المسئلة هي كالمسئلة) لان

محمد ارجه الله اطلاق اسم

اللعب والغناء بقوله فوجد

ثمة اللعب والغناء فاللعب

وهو الله هو حرام لا يقال

الحياة الدنيا لعب ولهو

لقوله تعالى اعلموا ان الحياة

الدنيا لعب ولهو والحياة

الدنيا ليست بحرام لان

الحاصل من هذا القياس

بعض اللهو واللعب ليس

بحرام وهو ما استثناء النبي

صلى الله عليه وسلم في قوله

هو المؤمن باطل الا في ثلاث

تأديبه لفرسه ورميه عن

فوسه وملاعبته مع أهله

وقوله (بضرب القضيض)

عني به خشب الحارس

(قال المصنف ولوعلم قبل

الحضور لا يحضره) أقول فيه

كلام لان الحديث ينتظمه

(قوله لقوله تعالى اعلموا ان

الحياة الدنيا لعب الخ) أقول

المراد بها أمور الدنيا عني

ما لا يتوصل به الى الفوز

الاجل (قوله ليس بحرام)

أقول يعني مطلقا (قوله

لان الحاصل من هذا

القياس بعض اللهو الخ)

أقول لكن القياس الاول

يقضي الكلية كما لا يخفى

ثم ان الاولى ان يجاب بأن

الكلام على التشبيه فليتم

(قوله وهو ما استثناء النبي

عليه الصلاة والسلام)

أقول فيه نظري يظهر وجهه

بالنظر في كتب التفسير

وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حتى الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه
لان قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيض

والجواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد
أن اجابة الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وبيان تمام تقرير الدليل بأن الدعوة على
ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى ولية أو طعام ولم يكن غنة شئ من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك
ولم يذكر حين الدعوة أن غنة شئ من البدع ولم يعلم المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى
الى ذلك وذكر أن غنة شئ من البدع فعلم المدعو قبل الحضور في الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه
السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة
للدعوة أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم
التقريب نأمل نتقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولوعلم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول
الحديث المذكور يعبر ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذ لم تكن للعهد
الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم
معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان
عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا
ضرورة توفيقا بين النصوص مهمما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه
حتى الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافتقر قوله ودلت
المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيض لان محمد ارجه الله اطلاق اسم اللعب
والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو الله هو حرام كذا في العناية وهذا التعليل
كافي في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندى وقد زاد جهرا الشراح على
ذلك كلما أخر حيث قالوا فاللعب وهو الله هو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل
الا في ثلاث تأديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن فوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره
محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم
فاللعب وهو الله هو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة الله هو النص والكلام في دلالة المسئلة على
ذلك فلا يتم التقرير بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو الله هو حرام اذ ذلك
متفراغا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل
أن محمد لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو الله هو حرام
مطلقا وهو جيد مفيد للمدعي وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان
باطلا ينافي قولهم في أول التعليل لان محمد أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد
في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيها مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه
الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل
لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة
اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي اطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى
بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول ببق شي في أصل كلام المصنف وهو انه لو اعتبرت دلالة
المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث
المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الآن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقدير انباء
على كونها مستثناة في الحديث صريح ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لأن الالة لا يعاب المحرم يكون

لا يتال الحياة الدنيا لعب ولهو وإنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بمحرام
 لأن الحاصل من هذا انقياس بعض النعم والتعب ليس بمحرام وهو ما استثناء النبي صلى الله عليه وسلم في
 قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورمحه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول
 أراد القياس في قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض النعم والتعب ليس بمحرام القياس المنطقي الذي
 ذكر في السؤال على الشك الثالث من الاشكال الأربعة بقصة الاقتراء وبالحاصل منه نتيجة وأشار
 بقوله بعض النعم والتعب إلى جرئية تلك النتيجة بناء على أن الشك الثالث لا ينتج الا جرئية كما تقر في
 موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هناك لكن القياس الأول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل
 عن كون القياس المذكور على الشك الثالث أو عن كون نتيجة الشك الثالث جرئية لا غير ذلك بعض
 المتأخرين هنا أن شرط انتاج الشك الثالث كنية إحدى مقدمتيه وهي حينئذ متفية انتهى أقول ليس
 هذا أيضا صحيح إذا تظاهر أن كتمام مقتضى القياس المذكور كيتان صغيرا هما سرجية كنية وكبرا هما
 سارية كنية وان حمل السلب في الثانية على رفع الإيجاب الكلي دون السلب الكلي فكيفية الأولى مقررة
 وأداتسور الكنية هي التلام الاستغرافية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداتسورها بمنحصرة في لفظة
 كل بل كل ما يدل على الكلية من اللفاظ فتدأداة سورها كحصر جوابه ثم أقول في الجواب الذي ذكره
 صاحب العناية نظر فن قوله لأن الحاصل من هذا القياس بعض النعم والتعب ليس بمحرام جسد
 وأما قوله وهو ما استثناء النبي عليه السلام فلا لأن القياس المذكور إنما ينتج أن بعض النعم والتعب
 وهو الحياة الدنيا ليس بمحرام فإن الذي كان حمداً أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد
 بالعب في النتيجة وتثير هذا ما إذا قلنا كل إنسان حيوان ولا شيء من الإنسان بفرس فإنه ينتج أن بعض
 الحيوان الذي هو الإنسان ليس بفرس لأن بعضه أي بعض كان ليس بفرس واللام يمكن لأحد الأوساط
 تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعه وهذا كله غير خاف على من له درية بعلم الميزان فإذا
 كانت النتيجة في انقياس المذكور أن بعض النعم والتعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بمحرام فلا معنى
 لتخصيصه بالصورتين الثلاث المستثناة في الحديث لأن ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى
 فما لوجه التخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لا مكان أن يورد السؤال بصورة
 القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما كانت الحياة الدنيا أيضاً حراما لأن النعم والتعب
 لقوله تعالى اعلموا أن الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بمحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست
 بمحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتم حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى
 اعلموا أن الحياة الدنيا لعب ولهو أنهم ناعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلها لعب ولهو على طريق
 التشبيه البليغ يعني أنها كلها لعب والله في سرعة فتأثم أو انتصائم أصدر حبه في التفسير فلا يلزم من
 عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب والله أيضاً كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لأن
 الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضاً قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام لأن الابتلاء
 لا يكون الا بالمحرم وقد أشار إلى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول
 لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجدته مسلبة على أن الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وأما
 دلالة على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت به هذا مرة انتهى ولا شك أن
 ما ابتلي به محرمة لا يكون كل الملاهي بل إنما يكون شيئاً معيناً منها واعترض عليه صدر الشرع بوجه آخر
 حيث قال في شرح الوفاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال إن الصبر على الحرام لا إقامة
 السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون بالسماح عرضاً عن ذلك الله ومنكره غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

﴿فصل في اللبس﴾ لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفضيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدلل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء) (٩٩) بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال

على حله لمن امان أن يكون قبل الاول فيمنسج به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا وأولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخر التلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فيمنسج به المحرم

﴿فصل في اللبس﴾ قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود ببيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضي اذا أخبر بتجاسة الماء ليقم الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدته الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وهو عام في الذكر والانثى) أقول لم يتعرض للعموم النهائي لاظهرية العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول

﴿فصل في اللبس﴾ قال (لا يحل للرجل لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباغ وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب وقال هذان محرمان علي ذكر أمتي حلال لانا نهم ويروي حل لانا نهم مستعمل ولا متلدن به انتهى أقول ذلك سافط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن في سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلامها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فيحوز كافي صلاة الجنائز اذا حضرته النباحة وقد مر من مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبي حنيفة جالساً معرضاً عن ذلك اللهم منكر الله غير مستعمل ولا متلدن به لا يدفع حرمة ذلك لله ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر في الكافي والشموع أن الصدر الشهيد روى في كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاحى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ به مان الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فاني تصور اختصار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورد صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما في أول ابراهه حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاحى لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحاً ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذراً عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جالس معرضاً عن ذلك اللهم منكر الله غير مستعمل فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو وفعلي هذا لا يكون مبتلى بمحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحرير وعزاه في الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصده رده فاني بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخروج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشياً عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

﴿فصل في اللبس﴾ قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما توارى على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقفني أثره صاحب العناية في هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدر هذا النوحية منهم ما في غاية الاستبعاد فان مقتضاء الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود ببيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب في وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقيق الاول في جميع الاوقات دون الثاني وقد أشير الى هذا التوجيه في معراج الدراية (قوله وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبج اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخراً كي لا يلزم النسخ مرتين وهذا متأخر

المصنف لهما العمومات بالنهي عن لبس الحرير أيضاً لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال في النهي مستنداً بلفظ لا تلبسوا (قوله امان أن يكون قبل الاول فيمنسج به الخ) أقول فان قيل ينبغي أن ينسخ أيضاً في الوجه الاول قلنا للمحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا عسمة للسؤال وهو حاصل الجواب

(الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالأعلام والمكفر بالحرير) لما روى أنه عليه السلام من عن لبس الحرير بالاموضع أصبه من أو ثلاثة أو أربعة أراد الأعلام وعنه عليه السلام أنه كان يلبس جببة مكفوفة بالحرير ذال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أي حنيفة وقالوا بكرة) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده وليد ذكر قول أبي يوسف وانما ذكر ما لا بدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعلية على الأنثى

قوله عليه السلام حذان حرمان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الأنثى فيجعل قوله عليه السلام حذان حرمانهم مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لا أخلاق له في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرمان على ذكره أمتي لأن هذا وعبد لا بيان حكم فيجعل عليه تقليلا للنسخ ولأن قوله حذان حرمان الحديث نص لبيان التفريق في حق الحلال والحرمه للذكور والأنثى وقوله انما يلبسه من لا أخلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالتظاهر والنص والنص راجع على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحلال للأنثى متأخر وهو استعمال الأنثى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير وهذا آية قاطعة على تأخره كما ذكرنا السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فإن قيل الحديث الدال على حمله لهن إما أن يكون قبل الأول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لأن العام كالخاص في إقادة القطع عندنا ولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا فلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعد بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لأن التردد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل يحتل المعنى فإنه إن أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حيث يتعارضان فينسا فإطمان فليس يصحح إذا المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساوي فيما إذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما باطل بالخاص كما تقر كل ذلك في علم الأصول وإن أراد بذلك أنهم ما يتعارضان ويكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره أيضا نهي وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا العموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكره عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فإني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب أنه بعد بدليل استعمالهن إياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير تكبير فتأمل ثم قال صاحب العناية فإن قيل قوله صلى الله عليه وسلم حذان حرمان إشارة إلى جزئين فمن أين العموم أجيب بأن المسرد الجنس ولستى كان شخصا فغيره لمحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارته وإشارته ترجع على دلالة فعله تقدير أن يكون غير الشخص المشار إليه في قوله عليه الصلاة والسلام حذان حرمان الحديث لمحق به بالدلالة يلزم أن يرجع الحديث الدال عبارة أو إشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكور والأنثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لا أخلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار إليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار إليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أي حنيفة وقالوا بكرة) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فإن قيل قوله صلى الله عليه وسلم حذان حرمان إشارة إلى جزئين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولستى كان شخصا فغيره لمحق به بالدلالة وقوله (قالوا بكرة) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الأباحة الأصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرار النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الآن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الأصبع يذكر ويؤتى فذكر في ثلاثة وأنت في أربعة (قوله وقالوا بكرة) يعني للرجل والمرأة جميعا أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لأنهم

لهما العمومات ولأنه من زى الاكسرة والجبايرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه
 ياكم رضى الاعاجم وله ما روى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله
 ابن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام فكذا القليل
 من اللبس والاستعمال والجامع كونه غودجا على ما عرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباغ في
 الحرب عندهما) لما روى الشعبي أنه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباغ في الحرب ولأن فيه
 ضرورة فإن الخالص منه أرفع لمعة السلاح وأهيب في عين العدو ليريقه (ويكره عند أبي حنيفة)
 لأنه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لمجته حرير وسداه غير ذلك والمختلوط
 لا يستباح الا للضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس وما أخذهم الخلاصة فإنه قال فيها الرجل والمرأة في هذا سواء بخلاف
 اللبس وعن هذا قال في النهاية كذا في الخلاصة وقال في معراج الدراية ذكره في الخلاصة أقول تعميم
 قول الامام في هذا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبي صلى الله عليه وسلم حلال لأنهم ليس بمقيد باللبس
 بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهو ما مع كونهم مستدين على مدعاهما ههنا بالعمومات
 كيف يتركان العمل بهوم هذا الحديث المشهور الذي رونه جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم
 (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهي ما ذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه
 من لا خلاق له في الاخرة وما روى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجوعا بغنائم
 ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقوالوا لم أعرضت عنا قال لاني رأيت عليكم ثياب أهل
 النار انتهى واقتفى أثره صاحب العناية في بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حمل العمومات
 على هذه المذكورات لا يكاد يتم لأن مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام
 ههنا في توسده والنوم عليه والظاهر أنهم ليسوا باللبس اذ لا يقال لمن توسد شيئا أو نام عليه أنه لبسه لاني اللغة
 ولا في العرف فاني يوجد العموم اللهم الا أن يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا في الحقيقة الا أنهم
 في حكم اللبس في تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا لمحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو
 العموم دلالة لا عبارة لكنه تعسف جدا كما لا يخفى وقال تاج الشريعة في بيان العمومات وهي هذان
 حرمان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكني على جرة الغضا أحب الي من أن أتكني على مرفقة حرير
 وعن علي رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرجهما حرير فقال هذا اللهم في الدنيا ولاني في الاخرة انتهى واقتفى
 أثره صاحب الكفاية في هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شيء فان العموم في
 الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما في الاخيرين
 فلا لأن الثاني مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل في السرج من القعود والافتراش فلم يظهر
 في شئ منهما العموم الا أن ينظر في الثالث الى مجرد قوله هذا اللهم في الدنيا ولاني في الاخرة مع قطع النظر عما
 قبله فحينئذ يتحمل العموم كما ترى (قوله والمختلوط لا يستباح الا للضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمختلوط
 لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لمجته حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضا حتى التعبير والضرورة
 اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة الاعلى ولو حملنا المعنى على المختلوط لا يستباح الا للضرورة فاذا
 أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الإيجاز الخ الى هنا كلامه
 أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أما قوله والمختلوط لا يستباح الا للضرورة يوهم أن ما لمجته
 حرير وسداه غيره مباح في غير الحرب أيضا فلان ذلك الإيهام انما يتصور أن لو محققت الضرورة في غير
 الحرب أيضا وليس فليس وأما قوله حتى التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلا حاجة الى استباحة
 الاعلى فلان حتى التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات)
 يريد به قوله نهى عن لبس
 الحرير وقوله انما يلبسه من
 لا خلاق له في الاخرة وما
 روى عن عمر رضى الله عنه
 أنه استقبل جيشا من
 الغزاة رجوعا بغنائم ولبسوا
 الحرير فلما وقع بصره عليهم
 أعرض عنهم فقوالوا لم
 أعرضت عنا قال لاني أرى
 عليكم ثياب أهل النار
 والمرفقة بكم الميم وسادة
 الاتكاء وقوله (والجامع
 كونه غودجا) يريد به أن
 المستعمل يعلم بهذا المقدار
 لذة ما وعد له في الاخرة منه
 ليرغب في تحصيل سبب
 توصله اليه وقوله (لا فصل
 فيما رويناه) يريد به قوله
 صلى الله عليه وسلم هذان
 حرامان على ذكور أمتي

(قوله يريد به قوله نهى عن
 لبس الحرير) أقول التوسد
 والنوم عليه ليس لبسا
 فكيف يستدل به الآن
 يقال ذلك في معناه وقد مر
 مثله في الفصل الاول

بالحرير) قبل هواسم لنوب
سداه حرير ولجته صوف
حيوان في الماء وجملته
وجوه هذه المسائل ثلاثة
الاول ما يكون كاه حريرا
وهو الديباج لا يجوز لبسه
في غير الحرب بالاتفاق
وأما في الحرب فعند أبي
حنيفة رحمه الله لا يجوز
وعندهما يجوز وقد مر
الوجه من الجانبين والثاني
ما يكون سداه حريرا ولجته
غيره فلا بأس بلبسه في
الحرب وغيره لان الحكم
اذا تعلق به ذات وصفين
يضاف الى آخره ما يوجد
واللحمة كذلك والثالث
عكس الثاني وهو مباح في
الحرب للضرورة وهو ايقاع
الهيبة في عين العدو وليريقه
ودفع معزة السلاح ولا
ضرورة في غيره فيكون
مكروها وقوله (على ما بينا)
اشارة الى قوله لان الثوب
انما يصير ثوبا بالنسج والنسج
باللحمة روى هشام عن محمد
رحمه الله أنه ما كان يرى
باللباس المرتفع جدا أبسا
قال خرج رسول الله صلى
الله عليه وسلم ذات يوم وعليه
رداء قيمته ألف درهم ورعا
قام الى الصلاة وعليه رداء
قيمه أربعة آلاف درهم
وأبو حنيفة كان يرتدي برداء
قيمه أربعة مائة دينار وقد
قال الله تعالى قل من حرم
زينة الله التي أخرج لعباده

ومارواه مجهول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولجته غير حرير كالقطن والخرق الحبر
وغیره) لان الصباغة رضى الله عنهم كانوا يلبسون الخرز والخرز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير
ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون
بين القزو والظاهرة ولا أرى يحشو القز بألوان الثوب ملبوس والخشوع غير ملبوس قال (وما كان
لجته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدام ما والا اعتبار
للحمة على ما بينا

للاستباحة لها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحذور لا يستباح الا للضرورة وأما قوله
ولولجته المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الایجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من
قبيل الایجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالاذني منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقبلا
في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة
اندفعت بالمخلوط كالحقيقة الحال فلا يراد به الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى
وكان ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمحذور لا يستباح الا للضرورة بالمقدمة
السابقة عليه وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع
في الجواب عن دليلها العقلي وهو قوله ما ولا ن فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه
المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحذور لا يستباح الا
الضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المحذور الشرعي لا يستباح الا للضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد
اندرفت بالمخلوط الذي لجته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية
في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذکر لكون مناسا للمقدمة الاولى بدليلها العقلي
أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد
(قوله ومارواه مجهول على المخلوط) أقول فيه نظرا لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس
الحرير والديباج في الحرب والمخل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة
والعريف ما كان كاه حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولجته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه
هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كاه حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في
الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولجته غيره فلا بأس بلبسه
في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم بهذا بان
الديباج ما كان كاه حريرا فلا مجال للعمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج
والنسج باللحمة فكانت هي المعبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا الا الحكم اذا
تعلق به ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال
لان الثوب لا يكون ثوبا بالاهمما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما ما يوجد الاقول
لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة الثالثة
اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما ما يوجد افيكون كل مما ذكره لا مستقلا منقطعا
عن الآخر يرشد اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعبرة
أو نقول الثوب لا يكون ثوبا بالاهمما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن
لا يخفى عليه أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل
الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه
ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ما ذكره المصنف وبين ما نقلناه من

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لأنها في معناه (الاباحاتم والمنطقة وحلية
السيف من الفضة) بحقيقة المعنى التوضيح والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد
كيف وقد جاء في اباحه ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص
على أن التختيم بالخمر والحديد والفضة حرام ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم على رجل خاتم صفر فقال مالي
أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهر اخفى على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض
أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره
المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعاقب بشيئين يضاف الى آخرهما
لان النسخ انما يحصل باللحمة والسدى معاً باللحمة وحدها اذ النسخ انما هو تركب اللحمة بالسدى كما
صرحوا به فلا يثبت كون الاعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فادام يفسد ما ذكره
المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلاً مستقلاً وتلك
المقدمة دليلاً آخر فلا جرم نبه بجهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم
اباء الله بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتمدة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث جملوا الدليل
الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون
اللحمة آخر جزء من الثوب ليس اعتباراً بعدمه وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة بجوز أن
يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتماداً على تقريره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنع
فانه قال والنسخ باللحمة بدون القصير عليها فكانت قال وقام النسخ أو آخر النسخ باللحمة والعجب من ذلك
البعض أنه مع اعتباره بطلان ما ذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث
قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسخ يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معاً جعل ما ذكره
المصنف دليلاً مستقلاً بدون المصير الى تلك المقدمة فاختر بطلان ما ذكره المصنف في التعليل حينئذ
وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ما ذكره المصنف وغيره وما غرته الابعارة التي يلغى ولم
يظنوا ولم يلتفت الى ما وقع في كلامه من قول المشايخ من جعل المجموع دليلاً واحداً منهم صاحب البدائع
فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوباً باللحمة لانه انما يصير ثوباً بالنسخ والنسخ تركب
اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فينافي الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه
أيضاً قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوباً بالنسخ والنسخ انما ياتي باللحمة آخره ما يضاف
صيرورته ثوباً على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حراً حاكماً انتهى ومنهم صاحب الكافي
فانه أيضاً جامع كناية لذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الذي يلغى بقوله أو نقول الخ تقرير ذلك
الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيس النسخ لاذكر دلائل آخر مستقلة مغايرة الاولى في المعنى والمآل
يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما ينظر دون ما يخفى
انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي الالام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره
بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقلة لاعاد الالام فيه أيضاً تبصر (قوله ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لأنها في معناه) أقول لما منع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح
فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختيم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم
والاباحه ضرورة التختيم أو التوضيح وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في
معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لأنها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال
بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكرور

عليه وسلم هذان حرامان
على ذكرور أمي ولا بالفضة
لانه في معناه فان قيل
قوله صلى الله عليه وسلم
هذان حرامان على
ذكرور أمي لكونه خبر
الواحد لا يعارض قول الله
تعالى قل من حرم زينة الله
الآية ولا يقيده لان
التيميد نسخ فالجواب أنه
مشهور متفق عليه تفاقته
الامة بالقبول فجاز التيميد
به وقوله (وقد جاء في
اباحه ذلك آثار) هو
ما روي أنه كان لرسول الله
صلى الله عليه وسلم خاتم
فضة فنه منه ونقشه محمد
سطر ورسول سطر والله
سطر وعن معاذ رضي الله
عنه أنه كان له خاتم من فضة
ونقشه محمد رسول الله
فقال له النبي صلى الله
عليه وسلم ألم تأنق خاتمك
يامعاذ فقال محمد رسول
الله فقال عليه الصلاة
والسلام آمن كل شيء من
معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه
النبي صلى الله عليه وسلم
من معاذ فوهبه منه فكان
في يده صلى الله عليه وسلم
الى أن توفي ثم كان في يد
أبي بكر رضي الله عنه الى
أن توفي ثم كان في يد عمر
رضي الله عنه الى أن
توفي ثم كان في يد عثمان
رضي الله عنه حتى وقع
من يده في البئر فأنفق

(ومن الناس من أطلق) منهم خمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الأصح أنه لا بأس به كالعقيق فإنه مبارك تختتم به النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه ليس بجوهر أذليس له ثقل الحجر وأطلق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولأنه يتخذ منه الأسماء وأشبه الدر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما رويناه) إشارة إلى قوله هذان حرامان ومن الناس من يجوز التختم بالذهب

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجوهر أذليس له ثقل الحجر وأطلق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما رويناه عن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولأن الأصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم أو النودج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف النسوان لأنه ترين في حقهن وأغما يتختم القاضى والسلطان لما حجة إلى الختم وأما غيرهما فالانفصل أن يتركه لعدم الحاجة إليه قال (ولا بأس بعمسار الذهب يجعل في حجر الفص) أى في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعدلآبساله قال (ولاشد الاسمنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبى حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبى يوسف مثل قول كل منهم ما هما أن عرجة بن أسعد الكنانى أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفاه من فضة فأذن من فاعمره النبي عليه السلام بأن يتخذ أنفاه من ذهب ولا يى حنيفة أن الأصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهى الأدنى فبقى الذهب على التحريم والضرورة فيما روى لم تشدفع في الأنف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحديد) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالنمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرفة التي تحمل فمسيح بها العرق) لانه نوع تحبير وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يعتكف بها) وقيل إذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وأغما يكره إذا كان عن تكبر وتحبير وصادر كالتربع في الجلوس

أمتى وقد تقرر في علم الأصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الأمر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بجوهر أذليس له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم بالشب بانه ليس بجوهر مما لا حاصل له لأن ما ليس بجوهر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفير ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفير حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الأحجار كالعقيق فإنه روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فإنه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا أظهر نفعاً في إثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضى خان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضى كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفير بل هو حجر وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه يتختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم إلا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلالة انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الابانخاتم إلا أنه يجوز للرجال التحلى بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجال التحلى بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي إثبات بل لا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا نص صريح بما علم من قوله الابانخاتم والتخالف بين نفي جواز الشئ وإثباته ضرورة روى ولو قال هذا نص صريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الابانخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مذهبهم

لما روى عن البراء بن عازب رضى الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة اقلته ولكونه غنودجا رجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه سؤخ بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص إلى باطن كفه) أى لانه روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبى يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعنى اختلاف المشايخ في قول أبى يوسف خمسهم من ذكر قوله مع أبى حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخى رحمه الله وذكر في الامالى مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت

عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لأن عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الأذى عن الثياب النفيسة ولا وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرفة في بعض الاوقات فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجربة فهو مكره بدعة وما فعل لما حجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والالتكاف

ومعنى قول الشاعر أن الرجل إذا خرج في سفر عمداً إلى شجرة يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخني امرأتى وإن أصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروي عن الثقات الآن البيت ذكر الرتم بمعنى الرتبة وهي خيط التذكيرة يعقد بالأصبع وكذلك الرتبة قال الشاعر

إذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم * فليس بمن عنك عقد الرنام

يعنى الهذو واللعب والله أعلم

(٩٧)

والعقد مصدر بمعنى العقد للبالغة على وزن التفعال كالتهدار والتلعاب

فصل في الوطء والنظر واللمس

مسائل النظر أربع نظر الرجل إلى المرأة ونظرها إليه ونظر

الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والأولى على أربعة أقسام نظره إلى الأجنبية الحرة ونظره إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية من قرنها إلى قدمها إليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيع النظر إلى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الأوجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحساناً لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك على وابن عباس رضى الله عنهما بالكمال والخاتم والمراد موضعهما وقوله (ولأن في

(ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتبة وكان ذلك من عادة العرب قال فأنهم لا ينفعنك اليوم أن همت بهم * كثرة ما وصى وتعقاد الرتم وقد روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولأنه ليس بعيب لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل إلى الأجنبية إلا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما أظهر منها السكك والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكرة موضعها ولأن في إبداء الوجه والكف ضرورة حاجتها إلى المعاملة مع الرجال أخذوا وأعطاه وغير ذلك وهذا انتصيص على أنه لا يباح النظر إلى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لأن فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه قد يبد منها عادة قال (فإن كان لا بأس من الشهوة لا ينظر إلى وجهها إلا الحاجة) لقوله عليه السلام من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينه إلا أنك يوم القيامة

المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

فصل في الوطء والنظر واللمس لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعاق منها بالوطء انما هي مسألة جواز العزل عن أمته بغير ذنبا وعدم جواز ذلك في الحرة إلا باذنها وأن تلك المسألة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب أن يؤخذ ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضاً فقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير لحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم إن مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل إلى المرأة ونظر المرأة إلى الرجل ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة والقسم الأول منها على أربعة أقسام أيضاً ينظر الرجل إلى الأجنبية الحرة ونظره إلى من يحل له من الزوجة والامة ونظره إلى ذوات محارمه ونظره إلى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الأقسام من القسم الأول كما ترى (قوله) قال على وابن عباس رضى الله عنهما ما ظهر منها السكك والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول على وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل إلى وجه الأجنبية وكفيها بقوله ما في تفسير قوله تعالى إلا ما ظهر منها فإن في تفسيره أقوالاً من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شيء منها سوى قولهم لا يمكن دلالة قولهم ما على ذلك غير واضح أيضاً الظاهر أن موضع السكك هو العين لا الوجه كله وكذلك موضع الخاتم هو الأصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر إلى وجه الأجنبية كله وإلى كفيها بالكلية فالأولى في الاستدلال على ذلك هو المصير إلى ما جاء من الأخبار في الرخصة في النظر إلى وجهها وكفيها منها ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

(١٣ - تكلمة ثامن)

قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في أصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتبة) أقول قال العلامة الزيلعي الرتبة قد تشبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرّة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وقد ذكر في حدود الإيمان أنه كفر انتهى

فصل في الوطء والنظر واللمس (قوله والأولى على أربعة أقسام نظره إلى الأجنبية الحرة) أقول الأولى أن يقول إلى من لا يحل من الأجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعني فسر قوله تعالى ما ظهر

فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحزرا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح إذا شئت في
الاشتفاء كما إذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفها وإن كان يأمن الشهوة)
لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبالوى بخلاف النظر لأن فيه بالوى والمحرم قوله عليه السلام من مس
كف امرأته ليس منها بسبيل وضع على كف جرة يوم القيامة وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت
عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحته ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضي الله
عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح المجاز وعبد الله بن الزبير رضي
الله عنه استأجر عجوزا لترضه وكانت تغمز جلبيه وتغلي رأسه وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه
وعليها لما قلنا

وسلم فنظر إلى وجهها ولم يرفها رغبة ومنها ما روى أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله
عليه وسلم وعليها ثياب رفاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء إن المرأة إذا بلغت
الحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا وأشار إلى وجهه وكفيه ومنها ما روى أن فاطمة رضي الله عنها لما
ناوت أحداً من بني بلال أو أنسا قال رأيت كفها كأنها فلقه قرأى قطعتة فدل على أنه لا بأس بالنظر إلى
وجه المرأة وكفها (قوله وهذا إذا كانت شابة تشتهى أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بصاحته
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تخص بما
إذا كانت شابة أما إذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسها انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ لم
يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الأجنبية وإن كانت
عجوزا وإنما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها إذا كانت عجوزا والأصل فيه ما روى أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح المجاز في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره
وما روى عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام
خوف الفتنة لا يابى عن التعميم لكن لا يحال لاختراع مسألة لا بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلاً
عن الأئمة أو المشايخ ثم إن ناج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فإن
قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على
كفه جرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس إلى مسها أما إذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى
الخاطر من لقاءها فلا انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية أقول بردا لا اعتراض المذكور على
قول المصنف فيما بعد وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا إشارة إلى
قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يتمشى الجواب المزبور هنا إذا
الظاهر أن تلك المسألة فيما إذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله إذا كانت عجوزا
لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتتة ممن تدعو النفس إلى مسها فكانت داخلية تحت النص المذكور فلا
محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليل في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الأصول فإن قلت
تلك المسألة مفيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تتحقق دعوتها النفس إلى مسها في تلك الصورة قلت
إن لم تتحقق دعوتها النفس إلى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنه ذلك في كل حال والظاهر أن مراده
بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لأن تدعو النفس إلى مسها إلا التي تحققت فيها
دعوتها إليه بالفعل والالزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الأجنبية الشابة إذا آمن على
نفسه وعليها تأمل توقف (قوله وكذا إذا كان شيخاً يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين
اشتراط أمنه عليه ما يحل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف
عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضاً بناء على ذلك

وقوله (فإذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله
صلى الله عليه وسلم
لعللى رضي الله عنه لا تتبع
النظرة النظرة فإن الأولى
لث والثانية عليك يعني
بالثانية أن يبصرها عن
شهوة

(قال المصنف فإذا خاف
الشهوة لم ينظر الخ) أقول
تقيم الحديث فإن الحديث
انحادل على تحريم النظر
عند تحقق الشهوة ولم يكن
المدعى ذلك بل تحريمه عند
عدم الأمن هنا وشأن
ما بين ما فاضم ذلك إليه ليتم
التقريب

وقوله صلى الله عليه وسلم أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما أى بوفق قاله للغيرة بن شعبه رضى الله عنه لما أراد أن يتزوج امرأته (والخافضة للعارية كالحائض والغلام) يعنى أن الخافضة والخائض (٩٩) يتظران الى العورة لأجل الضرورة

لان الختان سنة في حق الرجال مكرمة في حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن يتظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للرجل والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله وإذا جاز الاحتقان جاز للحائض النظر الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنه كالصغيرة ووجهه الاول أن الشاب إذا كان لا يشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن تمس الشاب لانهم اعلمت بما لا بد من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ماذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لا يشتهى

فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة إذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغي أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة وتحيزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن يتظر اليها وأن علم أنه لا يشتهى) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أخرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن يتظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغي أن يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدر وابتست كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم يتظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كتنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للرجل وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أماراة المرض

(قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير في علم النفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير في علمها للمرأة ووجه تخصيص عدم الأمن عليها بالذكور ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الأمن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الأمن عليها بعبارة فانه إذا لم تحل مصافحتها عند عدم الأمن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصافحتها عند عدم الأمن على نفسه أو لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضي إذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد إذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة قال بعض المتأخرين وقد يتور ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لأقامة الشهادة عليه ثم قال خطر بيالى ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا في الكتب بين حسبتين إقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس في الحدود حقوق الناس الا في السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذت ذاك الحق المسروق منه ولا يقول سرق محافضة على الستر فلم يكن ماذ كرم التنوير في شيء أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة في الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود من أن هذا يعني كون الستر أفضل ليجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتمت به بل بعضهم ربما افتخروا به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان المطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره في الزنا مثلا وعدم المبالاة به بأشاعته فإخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الاخر لا إخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ماذ كره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ولا يدفع الاشكال الذي خطر ببال ذلك القائل الا في مادة جزئية وهي ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتمت بها لا فيمساها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لأقامة الشهادة عليه مباح هنالك أيضا

الصغير أيضا أن يمس لعدم العلم كذا في شرح الزيلعي وأنت خبير بأهيجي عما يحالفه ظاهر في الكتاب في وجه الفرق فيما ذكر في كتاب الختنى من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة إذا اشتهى قيل يباح) أقول لعزل المراد اذا خافه الاشياء

قال (وينظر الرجل الى الرجل الخ) هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم (قوله خلافا لما يقوله أبو عصمة) يعني سعد بن معاذ المروزي رحمه الله ان السرة أحد (١٠٤) حدى العورة فتكون من العورة كالركبة قيل عطف الشافعي

قال (وينظر الرجل الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرة الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرة الى ركبته وروى ما دون سرة حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة خلافا لما يقوله الشافعي والتخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكباري معتدافيه العادة لانه لا معتبر بهما مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفي بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالحكمة ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسنتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم يتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التمتك فمن أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أى من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأه فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتمها ابتداء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سألني في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما يتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لا مكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدة فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره (قوله وينظر الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرة الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما يشعبه على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أى عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انما أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انما أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي علل في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انما أحد حدى العورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في الحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبو عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول أن الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد افا لم يذكر يكون تعليل لا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتفاء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذين الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الاخر أصلا فانه لم يظفر بالجواب عنه فبقى الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعمل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعدد افا لم يذكر يكون تعليل لا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتفاء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استعدلا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السورة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سواتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكباري رحمه الله معتدافيه العادة (قوله لانه لا معتبر بهما) أى بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعافيا بقوله وما دون السرة الى منبت

الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة وأبدي (قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكباري) أقول بفتح الكاف

وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه سرته فقبلها أبوهريرة رضي الله عنه وقال لجرهد وارفع ذلك أما علمت أن الفخذ عورة ولأن الركبة ملتي عظم الفخذ والساق فاجتمع المحترم والمبج وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوءة حتى إن كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوءة يؤدب إن بلغ

فأقول في الجواب الفاطم لعرق الاشكال ان في السوءة والركبة ثلاث روايات عن الشافعي احداها أن السوءة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفي كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر في وجيز الشافعية والثالثة انهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال لا دلي منهما وهذا أصح الوجهين واذا قدر ربهذا فجاز أن يكون تعليل الشافعي في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انهما احداهما فلا تكون من العورة كالسوءة مبنيا على قوله في الرواية الثمانية وهذا لا ينافي اشتراكه مع أبي عصمة في قوله الآخر الواقع في الرواية الثالثة عنه بل لا ينافي أيضا اشتراكه معه في تعليله بقوله انهما أحد حدتي العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور في العطف المذكور أصلا تأمل تقف (قوله وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه ما سرته فقبلها أبوهريرة) هذا جواب عن قول أبي عصمة والشافعي أخرجه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والبيهقي في سننه عن ابن عون عن عيسى بن اسحق قال كنت أمشي مع الحسن بن علي رضي الله عنه - ما في بعض طرق المدينة فلقينا أبوهريرة فقال للحسن اكشف لي عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العيني بعد بيان هذا الخلل في هذا المأثور وفي مجمع الطبراني خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكشي حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عيسى بن اسحق أن أبا هريرة رآه الحسن بن علي رضي الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعدما نقل ما ذكره العيني قلت لا مخالفة بين الروایتين لا مكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم ذلك لا يضرنا بل يثبت مدعا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط في استخراج ما رواه الطبراني في مجمله حيث حسب أن معني قوله ووضع يده على سرته ووضع أبوهريرة يده على سرته الحسن فبني عليه عدم مخالفة بين الروایتين بإمكان الجمع بين المس والتقبيل يعني أن وضع أبي هريرة يده على سرته الحسن مس لها وهو لا ينافي تقبيله إياها فلا مخالفة بينهما ثم بني عليه أيضا كلامه التسلبي يعني لو سلم المخالفة بينهما ما رواه الطبراني لا يضرنا بل يثبت مدعا أنه ههنا وهو أن لا تكون السرقة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها الأولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبوهريرة يده على سرته الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرقة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تميز أن معني قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن علي يده على سرته نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالاولوية دون فوضع يده بالفاء كما قال في الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر في الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو تركه العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما في قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معني رواية الطبراني ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرته الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضي الله عنه من وضع يده على سرته في رواية الطبراني التحرز عن انكشاف نفس السرقة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعلة المذكور بكون السرقة من العورة وان كان مقصود منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرقة لا يدل فعلة المذكور على

وقوله (وأبدي الحسن بن علي رضي الله عنه - ما) جواب عن قول أبي عصمة والشافعي رجهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولأن الركبة دليل معقول على كون الركبة عورة والباقي ظاهر

وقوله (لأنهم ما) أي لأن النظر والمن فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه) عكس
 هذا القسم الذي نحن فيه وقوله (ووجهه الفرق) أي فرق ما ذكر في الأصل من جعل عدم نظرها إليه مستحباً وعدم نظرها إليه واجباً
 هـ وإن الشبهة عشرين البتة والغالب (١٠٣) كالتحقق غالباً ألا ترى أن وجوب العمل بمنزلة واحد والقيام بسبب غلبة الصدق وغلبة

(وما يباح النظر إليه للرجل من الرجل يباح المس) لأنهم ما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز
 للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر الرجل إليه منه إذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة
 في النظر إلى ما ليس بعورة كالتياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الأصل أن تنظر المرأة إلى الرجل
 الأجنبية بمنزلة نظر الرجل إلى محارمه لأن النظر إلى خلاف الجنس أغلظ فإن كان في قلبها شهوة أو
 أكبر رأيا أنها تشتهى أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل إليها
 وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا إشارة إلى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عاين غالب وهو كالتحقق
 اعتباراً فإذا اشتبهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك إذا اشتبهت المرأة لأن الشهوة
 غير موجودة في جانبها حقيقة واعتباراً فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الانقضاء
 إلى المحرم أقوى من المتحقق في جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر
 إليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالباً كما في نظر الرجل إلى الرجل وكذا الضرورة
 قد تحققت إلى الانكشاف فيما بينهن

الاجبة لأجبتهم ماوان
 أياحيته يجوز الصلاة في
 السنية زاعداً أن دوار
 الرأس فيه غالب وإذا كان
 كذلك فإذا نظر الرجل إليها
 شتهى أو وجدت الشهوة في
 الجانبين في جانبها حقيقة
 لأنه هو المفروض وفي جانبها
 اعتباراً لقيام الغلبة مقام
 الحقيقة وإذا نظرت إليه
 مشتهية لم توجد الشهوة
 من جانبها حقيقة لأن
 الفرض أنه لم ينظر ولا اعتبار
 لعدم الغلبة فكانت
 الشهوة من جانبها فقط
 والمتحقق من الجانبين في
 الانقضاء إلى المحرم أقوى
 من المتحقق من جانب
 واحد لا محالة قال (وتنظر
 المرأة من المرأة الخ) هذا
 هو القسم الثالث من أصل
 التقسيم ما جاز للرجل أن
 ينظر إليه من الرجل جاز
 للمرأة أن تنظر إليه من
 المرأة لوجود المجانسة وعدم
 الشهوة غالباً والغالب
 كالتحقق كما في نظر الرجل
 إلى الرجل والضرورة إلى
 الانكشاف فيما بينهن
 متحققة قال صاحب
 النهاية أي في الحمام وهذا
 دليل على أنهن لا ينعن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جرم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر إليه من
 الرجل يباح المس لأنهم ما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواءها فيه ممنوع كيف
 وقدم أن وجهه الأجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر إليها إذا أمن الشهوة
 ولكن لا يجوز له أن يمسها ماوان أمن الشهوة فلم يستواء النظر والمس فيها ويمكن أن يقال المراد أنها
 سواء فيها لم يرد النص على خلاف ذلك كافي الصورة المارة فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال من مس
 كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جرة يوم القيامة فما ذكرهما من حديث الاستواء مقتضى
 القياس وما هو موجب النص فلا تنافي بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر
 الرجل إليه منه إذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل إلى ما ينظر
 الرجل إليه منه عكس هذا القسم الذي نحن فيه أقول ليس الأمر كذلك في الظاهر إذا الظاهر أن المراد
 بالقسم الذي نحن فيه هو الذي ذكر قبيل هذه المسئلة أعني قوله وينظر الرجل من الرجل إلى جميع
 بدنه إلا ما بين سرتي إلى ركبته فإنه الصالح لأن يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذي ذكر
 هنا ليس بعكس ذلك وإنما هذا عكس القسم الأول المذكور في صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده
 بالقسم الذي نحن فيه هو القسم الأول المذكور في صدر الفصل بناء على أن المصنف لم يمتنع من
 أقسام ذلك القسم الأول بل أدخل في خلالها الأقسام الثلاثة الأخرى من أصل التقسيم كما سخط به خبر لم
 يمكن فارغاً عن بيان ذلك القسم بالكيفية بل كان في عهده لا ن بيان ما بقي منه فهذا الاعتبار جاز أن
 يعبر عنه الشارع المزبور بالقسم الذي نحن فيه وإن كان مستبعداً عند من له سلامة الفطرة ثم إن بعض
 المتأخرين طعن في تحريره هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثاني كان أولى أقول ليس هذا بشيء إذا
 لا يخفى على ذي مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقاً لا بيان بعض من أفرادها وإن
 كان غير معين فالأولى أن يعرف الرجل في الموضعين معا تعرف الجنس لأن ينكر الثاني ولا الأول تأمل
 تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل) قال صاحب العناية

عن الدخول في الحمام خلافاً لما يقوله بعض الناس لأن العرف الظاهر في جميع البلدان ببناء الحمامات للنساء وتمكينهن وعن
 من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء إلى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لأن المقصود تحصيل الزينة والمرأة إلى هذا
 (قوله عكس هذا القسم الذي نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثاني في ترتيبه وهو عكس القسم الأول (قوله لأن الفرض أنه لم ينظر)
 أقول متى فرض ذلك

أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في الميسر وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (٣٠١) (والاول اصح) لان نظرا للجنس

أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظرا للرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيد بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته لمجوسية والتي هي أخته من لرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفاءه والغير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان لادله في نوع ستر من الاقصاب والنشر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظرا للرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان نظرا للمرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا الاطلاق في النظر الى سائر بدنهما عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح للنظر اولى الا ان اولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستمر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لو رود الاثرون وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولي النهي ولم أدرك كيف خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد اتبلي بمثله فيما سمر كما عرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلت في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن نظرا للمرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل محل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له ههنا منه بيان ما عتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بقلبي بقلبي وهو يقول بقلبي بقلبي ولو لم يكن النظر بما حلت تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيسني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عائشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا الا انه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا ولا يدل ذلك على أن كلامهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرني ولم أر منه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي يصحح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بقلبي بقلبي وهو يقول بقلبي بقلبي يدل قطعاً على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تمضممة الماء من الآخر اذ المباشر أو لا هو المتقدم فالتبعية وظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأما الثاني فلان المدعى ههنا بجواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما مما للقطع بتجرؤ النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحسرة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأديبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقر فيما سمر عدم جواز

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقاً أي وإن كان ذارحاً محرم منه إلى ما بين سترته إلى ركبته علم عدم
 جواز أن ينظر الرجل من المرأة وإن كانت من ذوات محارمه إلى ما بين سترته إلى ركبته بالاولوية
 لأن النظر إلى خلاف الجنس أعظم وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط في هذه المقام إذ كثر في تحايل
 السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر إلى بطنه ولا إلى ظهرها ولا إلى جنبها ولا يمس شيئاً من ذلك
 انتهى وظهر منه أيضاً أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فإن قلت المقصود من ذكر الفخذ
 في الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاماً بما تقدم قلت فيجوز أن لا ينظر إلى بطنه
 وفخذها ما بين سترته إلى ركبته كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر إلى ظهرها وبطنها
 وإلى ما بين السرة والركبة منها ومسيه انتهى فإن فيه عموم الافادة فإن قلت المقصود بالاكْتِفَاءُ
 الفخذ هو الساقول مسلك الدلالة في افادة حرمة النظر إلى ما عداها أيضاً ما بين السرة والركبة بالاولوية
 قلت فيجوز أن لا يحل الاكْتِفَاءُ بذكر الركبة فإن حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي
 الفخذ أخف منه في السرة كما تقرر فيما صرح به ذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه
 في حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسواء أيضاً دلالة بالاولوية لكونها أعلى منها
 في حرمة النظر ثم إن بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات
 الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة
 والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كسبي وجعل المحرم ههنا مصدراً مما يقع في الحرمة مع علم
 استعماله فيه لا بلائحه تفسيره بما سيجي عتأمل إلى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولاً فلا بد لو كان أصل
 التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات إلى
 المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة محتصاً بالمحرم بنسب إذاً الرحم لا يتصور في غير النسب فلا
 مجال لأن تكون النكتة في حذف الرحم وإضافة الذوات إلى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لأن
 النكتة في العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلمة حتى تنقله من الخصوص إلى العموم وبالجمله بين أن يكون
 معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تنافي لا يخفى
 وأما ثانياً فلا بد من قوله وجعل المحرم ههنا مصدراً مما يقع في الحرمة مع عدم استعماله فيه لا بلائحه تفسيره
 بما سيجي وليس بسديد فإن كلامه من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا بلائحه تفسيره بما سيجي
 في حيز المنع أما الأول فلا بد من قوله في المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضاً وقال في البدائع النساء في هذا
 الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكرحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كلام
 والبنات والعمه والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلارحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة
 ونوع منهن مملوكات الأغيار ونوع منهن من لارحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرات ونوع منهن
 من ذوات الرحم بلا محرم كبنات العم والعمه والخال والخالة اهـ ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور
 شمس في مواضع متعددة إنما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ما ذكر في قوله ذوات الرحم المحرم والبنات
 منه بمعنى الحرمة لا غير كافي قوله ذوات المحرم بلارحم وقوله من لارحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم
 بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال في فتاوى قاض خان ولا بأس بالرجل
 أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الأولاد
 والعمات والخالات إلى شعرها ورأسها وصدرها وبطنها وعقها وعضدها وساها ولا ينظر إلى
 ظهرها وبطنها ولا إلى ما بين سترتها إلى أن تجاوز الركبة وكذا إلى كل ذات محرم برضاع أو ماهرة
 كزوجة الأب والجدوان والاولاد وزوجة الابن وأولاد الأولاد وان سفلوا وبنت المرأة المدخول بها فإن لم
 يكن دخل بها فهي كلاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن أيضاً أن المحرم المذكور في قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يدين زينبنا الا لبعولتنا الآية والمراد والله أعلم بموضع الزينة
وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع
الزينة بخلاف الظهور والبطن والفخذ لانهم ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على
البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع
أدى الى الخرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوردنا لانها لا تنكشف
عادة

الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذ لا معنى لان يقال كل ذات حرام
أي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها اذ لا معنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه
انما الايلاء تفسيره بما سيجيء لو كان مراد المصنف بما سيجيء تفسيرا المحرم الذي هو مرفوع رد المحارم
في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسيرا المحرم بمعنى الحرام المأخوذ
من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلا يلزم عدم الملازمة كما لا يخفى والظاهر أن مراد
المصنف هو الثاني وبعضه تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه
فبقول يباح النظر الى موضع زينبنا الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن
بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعلات والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب
كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم بنفسه ثم ان التحقيق
في معنى التركيب المذكور وهو قوله ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده
ويجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى
حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا
أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أو سبب كما في مسئلة الكتاب فلا مجال لتقدير الرحم لكونه منافيا
للتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يدين زينبنا الا لبعولتنا الآية) قال
صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أي في جواز ما جاز وعدم جواز ما لم يجز على
تأويل المذكور قوله تعالى ولا يدين زينبنا الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية
المذكورة إنما تدل على جواز ما جاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولا تدل على عدم جواز ما لم يجز وإنما يدل
عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال
ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها ولا ما بين السرة والركبة منها أو مسها لمحم قوله تعالى قل للؤمنين يغضوا
من أبصارهم الا أنه رخص للحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يدين
زينبنا الا لبعولتنا الآية فبقى غض البصر عما وراءها أمورا به واذا لم يحل النظر فالسأولى لانه أقوى
انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها
ولا الى جنبها ولا يمس شيئا من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزورا
وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهي أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظر أو مس المسامحة
الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظاهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله)
ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم
النظر الى هذه المواضع أدى الى الخرج قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا أن قوله يدخل
على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان
من محارمه فلا يدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكره ان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أي في
جواز ما جاز وعدم جواز ما لم
يجز على تأويل المسد كور
قوله تعالى ولا يدين زينبنا
الآية) والمراد والله أعلم
مواضع الزينة كالحال
وأراد التحل مبالغة في النهي
عن الابداء لان ابداء ما كان
منقصلا اذا كان منهيا عنه
فابداء المتصل أولى وذلك
كقوله تعالى ولا القلائد
في حرمة تعرض محلها
وقوله (وهي ما ذكر في
الكتاب) يريد به الوجه
الى آخره ويدخل في ذلك
أي في مواضع الزينة
المسدول عليها بالزينة
الساعد والاذن والعنق
والقدم لان كل ذلك
موضع الزينة أما الرأس
فلانه موضع التاج
والاكيل والشعر موضع
العقاص والعنق موضع
القلادة والصدر كذلك
والاذن موضع القرط
والعضد موضع الدملج
والساعد موضع السوار
والكف موضع الخاتم
والخضاب والساق موضع
الخنخال والقدم موضع
الخضاب بخلاف الظهر
والفخذ والبطن لانها ليست
مواضع الزينة وبقي كلامه
واضح

وقوله لا يجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كإرضاع والمناكحة لا يجوز
 بالمعنى بينه وبينه وما كانت المناكحة بينه وبينه في الأصل لما بيننا قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز
 أن ينظر إليه من) انتهى في المسألة في المسافرة وقوله الشهوة للمعصية بمعنى خلاف وجه
 الاستبراء ركنها حيث لا يباح المس وإن أبيع النظر لأن الشهوة مكاملة (الأذا كان يخاف عليها
 أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العيان ترتبان وزناهما
 النظر واليدان ترتبان وزناهما البشعر وحرمة الزنا بذوات المحرمات أعظم فيجب (ولا بأس بالنظر
 في المسافرة بين) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ووجهها ووجهها ووجهها
 حرم منها
 ثم استدلل عليه بما مر انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير
 استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحرم على بعضهم من غير استئذان لأن الأمر
 مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم
 الدخول في بيت الغير فلا يدخل لا يدخل ما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يدخل له
 الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر إلى
 مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الآن الأمر في الاستئذان على المحرم أسهل وأيسر لأن المحرم
 مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها ما مر عانت في ذلك فخلص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير
 استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي إلى المخرج برهان
 العاديين الناس بدخول بعض المحرم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يدخل في حكم الشرع
 والمخرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرّم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب
 كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقوله الرغبة كذا
 في الشروع وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقوله الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي
 أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع
 نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده
 ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون
 بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقترن أثره العيني في ذكره هذا السؤال والجواب بعينهما
 أقول ليس الجواب بتمام أم أقوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو
 إحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد
 وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسبة متفق
 عليه وإذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور
 على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع
 عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأيد ذلك بما ذكره شيخ
 الإسلام خراهر زاده فلان لم يكن للمحرّم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح
 قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذين المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول
 من غير حشمة واستئذان كما حققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الداء في قبول
 المسائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالأولى في الاستدلال على
 كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

وقوله لا يجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمناكحة لا يجوز
 بالمعنى بينه وبينه وما كانت المناكحة بينه وبينه في الأصل لما بيننا قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز
 أن ينظر إليه من) انتهى في المسألة في المسافرة وقوله الشهوة للمعصية بمعنى خلاف وجه
 الاستبراء ركنها حيث لا يباح المس وإن أبيع النظر لأن الشهوة مكاملة (الأذا كان يخاف عليها
 أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العيان ترتبان وزناهما
 النظر واليدان ترتبان وزناهما البشعر وحرمة الزنا بذوات المحرمات أعظم فيجب (ولا بأس بالنظر
 في المسافرة بين) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ووجهها ووجهها ووجهها
 حرم منها

ثم استدلل عليه بما مر انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير
 استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحرم على بعضهم من غير استئذان لأن الأمر
 مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم
 الدخول في بيت الغير فلا يدخل لا يدخل ما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يدخل له
 الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر إلى
 مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الآن الأمر في الاستئذان على المحرم أسهل وأيسر لأن المحرم
 مطلق النظر إلى مواضع الزينة منها ما مر عانت في ذلك فخلص منه أن الدخول في بيت الأجنبي من غير
 استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي إلى المخرج برهان
 العاديين الناس بدخول بعض المحرم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا يدخل في حكم الشرع
 والمخرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرّم من لا تجوز المناكحة بينه وبينه على التأيد بنسب
 كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقوله الرغبة كذا
 في الشروع وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقوله الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي
 أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع
 نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده
 ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون
 بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقترن أثره العيني في ذكره هذا السؤال والجواب بعينهما
 أقول ليس الجواب بتمام أم أقوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو
 إحدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد
 وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسبة متفق
 عليه وإذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور
 على قول الأكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع
 عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأيد ذلك بما ذكره شيخ
 الإسلام خراهر زاده فلان لم يكن للمحرّم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح
 قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذين المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول
 من غير حشمة واستئذان كما حققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الداء في قبول
 المسائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع إذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالأولى في الاستدلال على
 كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار إلى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أى اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك أن لا يجوز من ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق
النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة
رضي الله عنها ويقول أجد من أريح
(١٠٧)

الجنة وكان ذلك لاعت
شهوة قطعاً فيجوز المس مع
الاتقاء عن الشهوة ما أمكن
قال (وينظر الرجل من
مملوكة غيره الخ) هذا آخر
الاقسام من ذلك وكلامه
واضح وقوله عـلاها أى
ضرب علاقتها وهي رأسها
بالدرة وقوله (خلافا لما
يقوله محمد بن مقاتل رحمه
الله انه يباح الا الى مادون
السرة الى الركبة) وجهه
ماروى عن ابن عباس رضي
الله عنهما أنه قال ومن أراد
أن يشتري جارية فليمنظر
اليها الا في موضع المئزر
وتعامل أهل الحرمين
ووجه العامة ما ذكره في
الكتاب وقوله (وأما الخلوة
بها والمسافرة معها) يعنى
إذا أمن بذلك على نفسه
وعليها فقد اختلف المشايخ
رحمهم الله فيه فمنهم من قال
يحسب واعتبرها بالمحارم
واليه مال شمس الأئمة رحمه
الله وقيل لا يحسب لعدم
الضرورة واليه مال الحاكم
الشبهة بدرجته الله (وفي
الاركاب والانزال اعتبر
محمد رحمه الله الضرورة
فيهن) يعنى التي لا مدفع لها
(وفي المحارم مجرد الحاجة)
أى نفس الحاجة لا الضرورة
وقوله (ولأبأس بأن عيس
ذلك) أى الموضع التي

وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن
محرم فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان عيسها من وراء ثيابها وبأخذ مظهرها وبطنها
دون ماتحتهم ما اذا أمنوا الشهوة فان خافها على نفسه أو عليها اتقنا وظناً أو شكاً فليجنب ذلك بجهده ثم
ان أمكنها الركوب بنفسها امتنع عن ذلك أصلاً وان لم يمكنها تكف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها
وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى
ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاه وتخدم أضيافه وهي في ثياب
مهنها نصف رجليها خارج البيت في حق الا جانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي
الله عنه اذا رأى جارية متفنتة علاها بالدرة وقال أتقى عنك الخمار يا دفار أنت شبيهة بالحرأثرو لا يحل النظر
الى بطنها وظهرها خـلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى مادون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة
كفى المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكالها في الاماء ولقطة المملوكة تنظم المسدرة والمكاتب
وأما الولد لتحقيق الحاجة والمستعانة كالكتابة عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة
معهاف فقد قيل يباح كفى المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في
الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولأبأس بأن عيس ذلك اذا أراد الشراء وان
خاف أن يشتمى) كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضاً في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم
الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتمى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتمى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه
نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامه لم تعرض
في ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بيننا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت
تشتى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد ولو جود الاشتاء قال (والخصى في
النظر الى الأجنبية كالفعل) لقول عائشة رضي الله عنها ان خصاء مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله ولانه
فعل يجامع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بالارحام فحكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قوله
صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروى أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة
رضي الله عنها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلع عليك فانه علمك
أرضعتك امرأه أخيه انتهى وقال في المبسوط به ما ذكره ذوات المحارم بالنسب والمحرمه بالرضاع
وكذلك المحرمه بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهم ما بقوله فجعله نسباً وصهراً (قوله وقوله عليه السلام ألا
لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرماً) أقول انما قل أن
يقول كون المراد اذا لم يكن محرماً ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجاً في هذا
الاحتمال كيف ثبت المدعى وإن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه
لا يستفاد من هذا الحديث الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصى في النظر
الى الأجنبية كالفعل) أقول عائشة رضي الله عنها ان خصاء مثله فلا يبيع ما كان حراما قبله قال الشارح
العيني ههنا يريد ان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما أخرجه
ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن
ابن عباس قال خصاء البهائم مثله ثم تلاوا آية منهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن
محمد بن سعد عن شهر بن حوشب ان خصاء مثله ذكره في كتاب الحج الثاني ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون

يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتمى) كذا في المختصر وأطلق في الجامع لفظ الجامع الصغير فقال رجل أراد أن
يشترى جارية لأبأس بأن عيس سافها وذراعها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

وقوله (وتذا الخث في الردي من الافعال) يعني من يمكن غيره من نفسه احترازا عن الخث الذي في اعضائه ليس وتكسر
 بالنساء فانه رخص بعض ما يختار جهنم الله في ترك منه مع
 (١٠٨)

اسماء استدلالا بقوله
 تعالى اولنا بعين غير أولى
 امرية من لربنا قيل هو
 الخث الذي لا يشتمى
 النساء وقيل هو المحبوب
 الذي جنب ماؤه وقيل المراد
 به الابله الذي لا يدري
 ما يصنع بالنساء انما عده
 بنفسه وفيه كلام فانه اذا
 كن شابا ينهى عن النساء
 وانما ذلك اذا كان
 شيخا كبيرا ماتت شهوته
 والاصح أن نقول قوله
 تعالى اولنا بعين من
 المتشابهات وقوله تعالى قل
 للؤمنين يغضوا من ابصارهم
 يحكمنا أخذه وبالله أشار
 المصنف رحمه الله بقوله
 فالخاصل أنه يؤخذ فيه
 بحكم كتاب الله تعالى المنزل
 فيه (والطفل الصغير مستثنى
 بالنص) وهو قوله تعالى
 أو الطفل الذين لم يظهروا
 على عورات النساء أي لم
 يطلعوا أي لا يعرفون العورة
 ولا يميزون بينها وبين غيرها
 وقوله ولا يجوز للملوك
 واضح

وكذا المحبوب لا يسحق وينزل وكذا الخث في الردي من الافعال لانه فعل فاسق راسخ لا يؤخذ
 فيه بحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للملوك أن ينظر من سببه
 الا الى ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولي الشافعي لقوله تعالى
 أو ما ملكك أعما من ولان الحاجة متحققة لدخوله عليهم من غير استئذان ولنا أنه فعل غير محرم ولا
 زوج وله هو متحققة بمرارة كاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت
 الخفاء مثلا لا يدل على أن نظر الخصي الى الاجنبية كالفعل الى ههنا كلامه أقول كل من اراد به ساقط
 أما الاول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضي الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو
 لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روي ذلك عن عائشة
 رضي الله عنها في عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقرر في علم الاصول أن مرسل الصحابي مقبول
 بالاجماع ومرسل القرن الثاني والثالث وان لم يقبل عند الشافعي بدون أن ثبت اتصافه من طريق آخر
 كراسل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا أنه فوق المسند ومرسل
 من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضي الله عنها
 ان كن من مراسيل القرن الثاني أو الثالث فلا شك في كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من
 دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثاني فلان قوله فلا يبيع ما كان
 حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات في عامة المعقبات فدلالة أثر عائشة رضي الله
 عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقي ههنا شيء وهو أنه قد ذكر في أصول الفقه أن قول
 الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس
 لانه لا وجه له الا لاسماع أو الكذب والثاني منتف فتعين الاول لاقيما يدرك بالقياس لان القول بالرأى
 منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه
 بالدليل العقلي الذي مرجعه القياس على ما تقرر في علم الاصول حيث قالوا لانه فعل مجامع ولم يعلم
 اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به
 (قوله وكذا المحبوب لانه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الهمزة وينزل بضمها أي يفعل
 الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العيني حيث قال المنى بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب
 ما فعله العيني لانه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدي منزلا مستزلة الا لازم
 للقصد الى نفس الفعل كما في نحو قولك فلان يعطى أي يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر
 في المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى صحيح هنا الا لا يثبت المطلوب بمجرد كون المحبوب فاعل حقيقة
 الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لاحتمال وانما
 العلة الهاشمية والمنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والخاصل أنه يؤخذ فيه
 بحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أي يؤخذ في كل واحد منها كذا في شرح تاج الشريعة وقال بعض
 النضلاء أن في الخث الذي في اعضائه لين وتكسر بأصل الخلفة ولا يشتمى النساء على سبيل الاستخدام
 انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلانه يصح أن يؤخذ في كل واحد من الاصناف الثلاثة
 الماردة أعني الخصي والمحبوب والخث بحكم كتاب الله تعالى بالارب وهو قوله تعالى قل للؤمنين يغضوا
 من ابصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعوثهن الاية فها معنى تخصص ذلك بالثالث
 وحده مع امكان جملة على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

(قال المصنف والخاصل
 أنه يؤخذ فيه) أقول أي في
 الخث الذي في اعضائه
 لين وتكسر بأصل الخلفة
 ولا يشتمى النساء على
 سبيل الاستخدام (قال
 المصنف بحكم كتاب الله

تعالى) أقول اطلاق المحرم لعله على التشبيه (قوله أي لم يطلعوا) أقول فقوله لم يطلعوا ومن الظهور والمراد
 بمعنى الاطلاع

وقوله والمراد بالنص الاماء يريد بالنص قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رتبهما الله به (قال سعيد)
أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيد بالنسبة ليتناول السعيد بن (والحسن وغيرهما) سمرة بن
جندب لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور ولان الذكور مخاطبون بقوله (٩٠) تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم

فألودخولوا في قوله تعالى
أو ما ملكت أيمانهم لزم
التعارض وعورض بأن
نظر الاماء الى سديدتهن
استقيم من قوله تعالى
أونساأتهن فلو جلت هذه
الآية على الاماء لزم التكرار
وبأن الاماء لو لم تكن مرادة
من قوله تعالى أونساأتهن
وجب أن لا تكون مرادة
من قوله تعالى أو ما ملكت
أيمانهم أيضا لان البيان
انما يحتاج اليه في موضع
الاشكال ولا يشكل على
أحد أن الامة أن تنظر الى
سيدتها كالأجنبيات والملك
ان لم يزد تسعة فلا أقل
أن لا يزيد تضيقا وأجيب
عن الاول بأن المراد
بالنساء الحرات والمسلمات
اللاتي في صحبتهن لانه ليس
لمؤمنة أن تجرد بين يدي
مشركة أو ككايبة كذا عن
ابن عباس رضي الله عنهما
والظاهر أنه أريد بنسائهن
من يصحبهن من الحرات
مسلمة كانت أو غيرها والنساء
كاهن في حل نظربعضهن
الى بعض سواء والمراد من
قوله تعالى أو ما ملكت
أيمانهم الاماء وعن الثاني
بأن حال الامة يقرب من حال
الرجال حتى تسافر من غير
محرم فكان يشكل أنه يباح

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال
(وعزل عن أمته بغير اذنهما ولا يعزل عن زوجته الا باذنها) لانه عليه السلام نهى عن الزل عن الحرة
الا باذنها او قال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيل الولد ولهذا
تخبر في الحب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا يتقص حق الحرة بغير اذنهما ويستبد به المولى

ذكره أولا جامع للصورتين معا كما ترى وأما ثانيا فـ لان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال
تفصيلا سابقا يكون ماذ كفي حيزها التخصيص ذلك التفصيل وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام
المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لالي الصورة الثالثة وحدها سيما لو أريد بالضمير
المجروفي قوله يؤخذ فيه الخنث بالعنى الغير المذكور فيهما صريحا على سبيل الاستخدام كما
زعم ذلك البعض فإنه لا يكون حينئذ الحكمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة
(قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون
الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيد بالنسبة ليصح تناول السعيد بن علي ما
رويناه من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه وردده صاحب الغاية حيث قال
أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول
السعيد بن سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون المشترك عموم في موضع
الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذا ظاهرا أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول
السعيد بن هو التناول على سبيل البديل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول
معانيه على سبيل البديل ولقد صرحوا به حتى قال الحق في التفتازاني في التسليخ والمشارك مستغرق
لمعانيه على سبيل البديل والذي لا يجوز عند نادون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل
الشمول في اطلاق واحد كما تقر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح
العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما
وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير
وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك
ما وضع لمعان انتهى أقول كاد خليه ليس بشئ أما الاول فلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع
سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو
سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحد منهم ما والامام كان علما
أكمل وأحد منهم ما بل لقد هم زيادة اظهار المراد وتعيينه وإذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا
للسعيد بن كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزم ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم
مشترك والاعلام المشتركة مما تقر أمرد في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان
الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيئا لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك
أيضا لا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فلمست تلك بمعمرة في معنى المشترك
فان المشترك ما وضع متعدد بوضع متعدد أي شئ كان ذلك المتعدد الموضوع له والأمر في العلم المشترك

لها الكشف بين يدي أمته ولم يزل هذا الاشكال بقوله أونساأتهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرات دون الاماء والباقي واضح والله أعلم
(قوله ليتناول السعيد بن) أقول فيلزم الجمع بين معني المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد
(قوله فلودخولوا في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لزم التعارض) أقول فيه يبحث كيف ولو صح ماذ كره لزم التعارض بين قوله قل
للمؤمنين الآية وبين قوله لا البعولتهن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

وكان تحتها أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

كذلك قال لا يتناول سبحانه بوضع واحد بل لكل واحد منهم ما وضعه من مثل كما عرف في مرضه ثم إن صاحب العناية على كون المراد بانصر الاماء رجة آخر حيث قال ولأن ذلك كورحطاطيون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلودخلوا في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم من لزوم التعارض انتهى قول ليس ذلك صحيحاً أما أولنا فلهذا يقتضيه خطاب الاناث أيضاً بقوله تعالى وقصص للمؤمنات يغضضن من أبصارهن فإن مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضاً في قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهم من بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقصص للمؤمنات يغضضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه يجمع عليه وأما ما نسبنا فلأننا لا نرى من كونه كور من الممالك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم دعواهم في جانب الغاضين من أبصارهم في جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذي منع النظر اليه فان كلمة من في قوله تعالى من أبصارهم لتبعية بعض كما صرح به المفسرون فسكان المعنى يغضوا بعضاً من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجعولة في حق من منع النظر اليه فلودخل الذي كور من الممالك في قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلاً وإنما يلزم أن تكون إحدى الآيتين مبينة لما في الآية الأخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهم على تقدير برأى لا يدخل فيه ذكر الاماء اليك كما هو مذهبنا وكذلك انظر من قوله تعالى الالبعلون أو أبائهم أو آباء تبعولون إلى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع في الآية الأخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحتها أمة غيره فقد ذكرناه في النكاح) يعني قوله وإذا تزوج أمة فلاذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف ومحمد أن الاذن اليها قال في البدائع وجه قولهما أن لها حقاً في قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز الجنس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبي حنيفة أن الكراهية في الحرمة لمكان خوف فوت الولد الذي اياه فيه حق واخذ حينا في الولد للمولى دون الامه وقوله ما فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقيقة في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا يرى أن من الرجال من لا ماله وهو يجمع امرأه من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فلذلك هذا على أن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه يصنع ولهذا يحتاج إلى رضاها في العزل لاقية انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن عدم صنع الزوج فيه لا يقتضي أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا يرى أن الزوجية حق الخصومة في الحب والعنة بخلاف وان لم يكونا يصنع الزوج فتعين أن الزوجية في أن لا يكون لها حق الخصومة فحين لا ماله وهو يجمع امرأه من غير انزال كونه حقيقة في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال فسكان في العزل تدبر

فصل في الاستبراء وغيره
آخر الاستبراء لانه احتراز
عن وطء مقيد والمقيد بعد
المطلق يقال استبراء الجارية
أي طالب براءة درجة من
الحمل وأوطاس موضع
على ثلاث مراحل من مكة
كانت به وقعة لنبي صلى الله
عليه وسلم الاستبراء واجب
وله سبب رعله وحكمة

فصل في الاستبراء
غيره (قوله لانه احتراز
عن وطء مقيد والمقيد بعد
المطلق) أقول فان قلت أين
الاحتراز عن الوطء المطلق
فيما سبق قلت فهم ذلك
بطريق الدلالة أو الإشارة
فانه يتضمن اللبس فالتنهي
عن المس نهى عنه فلهذا
عنون بالوطء فتأمل ثم قوله
وطء مقيد أي مقيد بزمان

فصل في الاستبراء وغيره قال الشراح آخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الإشارة فانه يتضمن اللبس فالتنهي عن المس نهى عنه فلهذا عنون به بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشيء ولا الجواب أما الاول فلأنهم ما قالوا لان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بآين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد بنفسه بعد الوطء المطلق نفسه فآخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

أما وجوبه فحديث سبأيا أو طاس ألا لا توطن الحبلى حتى يضعن حملهن ولا الحبلى حتى يستبرأن بحمضة ووجه الاستدلال به أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن الاستمتاع بأبغ نهى مع وجود الملك

(١١١)

المطلق له واليد الممكنة منه وذلك

لا يكون إلا للوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وأما علمته فهي ارادة الوطء فانه لا يحل الا في محمل فارغ فيوجب معرفة فراغه

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) والاصل فيه قوله عليه السلام في سبأيا أو طاس ألا لا توطن الحبلى حتى يضعن حملهن ولا الحبلى حتى يستبرأن بحمضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأني يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطاق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق في ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطاق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به في النهاية ومعراج الدراية وأما الثاني فلأن مناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضاً لا معنى لقوله فلهذا عنوانه بالوطء لأن النهى عن المس إذا كان نهياً عن الوطء كان العنوان بالمس عنواناً بالوطء أيضاً فكان ينبغي أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالاً كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالاً ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المبدئ كور فيما تقدم ما في مسألة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الزنا لم يخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد بعدهما ما قد زعم أن الوطء في الاستبراء مقيد بالزمان كما استعرفه وفي العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور في عنوان الفصل السابق أيضاً ما في ضمن تلك المسئلة كما ثبت عليه في صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرأ بها) أقول في اطلاق هذه المسئلة نظر فإن من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها وزوجها بعد أن اشترىها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشترىها وقبضها لم يلزمه الاستبراء في شيء من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكرنا في حيلة الاستبراء مع أن كلامنا من هاتيك الصور انحصاراً في اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) قال بعض الفضلاء في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في مورد النص وهو يصلح للسبيبية فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسبيبية في مورد النص في استحداث المملك واليد فالمعنى لانه أي استحداث المملك واليد هو الموجود الصالح للسبيبية في مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسبيبية ممنوع فان ما ذكره من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضي أن يكون السبب فيه هو استحداث المملك واليد من غير مدخل فيه للسبي كما لا يخفى على من تأمل في تقرير المصنف في بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلاً علمياً على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبي في السبيبية بأوضح وجه حيث قال لا يهتد بالموجب كونها مسببة لان كونها مسببة إضافة وإضافات لا مدخل لها في العلة لانه لو اعتبر ذلك انسداد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها ملوكة رقبة ويداوهو الماثر كما ذكر في الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضاً فان علة الاستبراء هي ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريد دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشتري لا على البائع كما سيأتي في الكتاب فمن أين كان استبراء المملك قبل مباشرة السبب ظاهراً ولئن سلم كونه ظاهراً

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام في سبأيا أو طاس ألا لا توطن الحبلى حتى يضعن حملهن ولا الحبلى حتى يستبرأ بها) أقول جمع الحائل وهي التي لا حمل لها وقيل انما قال الحبلى لستزوج الحبلى والقياس أن يقال الحسوان لانها جمع حائل ونظيره الغدايا والعشايا كذا في شرح السكاكي والقياس الغدايات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل في مدخلية هذا القيد في افادة النهى الوارد على أبغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الآن يقال لو لم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعسوم سابقاً (قوله وذلك لا يكون إلا للوجوب) أقول أي لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود في مورد النص) أقول في الحصر كلام فان السبي من جملة ما وجد في

مورد النص وهو يصلح للسبيبية فان الظاهر أن المملك في صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرأ صيانة لمائه ثم مباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستبراء
وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما يحترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري
لاعلى البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطاء والمشتري هو الذي يريد دون البائع فيجب عليه

لنظر ان ما هو الاتق بمال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافي وجوب الاستبراء على الممكك بناء على توهم
شغل الرحم بما يحترم فان مجرد توهمه كفى في وجوبه كما يظهر من البيان الاقنى في الكتاب (قوله وهذا
لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للبناء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاستبراء) وأورد
عليه صاحب الاصلاح والابضاح حيث قال يدعيه أنهم يسكرون ان علاق الولد الواحد من مائة
لعدم امكان الاختلاط بينهم ما على ما صرح في باب التدبير والاستيلاد فكيف ينواعتها حكمه الاستبراء
على جوارزه انتهى أقول ليس هذا بشئ أذ ليس المراد بالاختلاط المذكور في قوله صيانة للبناء المحترمة
عن الاختلاط الاختلاط الحقيقي بل المراد به هو الاختلاط الحكمي وهو أن لا يتبين أن الولد من أي
ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاستبراء ويقص عنه قول صاحب الكافي في تعليل
الاختلاط اذ لو وطمه اقبل أن يتعرف براءة رجها فخافت بولاد فلا يدري أنه منه أم من غيره انتهى والذي
ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطاً حقيقياً فلا ندافع بين الكلامين في المقامين (قوله وذلك
عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بما يحترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذي فطرة
سليمة أن في مرجع ضمير هو في قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع استبراء وعن هذا قد افرقت آراء
الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي المراد من توهم الشغل
بما يحترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره
المذكور يشعر بارجاع ضميره الى توهم الشغل بما يحترم وليس بسد لان الامر في حقيقة الشغل
بما يحترم أيضاً كذلك فلا وجه لاختصاص بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصح جل قوله أن يكون
الولد ثابت النسب بالمواطاة على ضميره والارجاع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى
بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بما يحترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح جل
عليه بالمواطاة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أي الاستبراء لان يكون
الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضاً خلل فان الاستبراء مع
كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجعاً للضمير هو عن النكاح لان يكون الولد
ثابت النسب بل لارادة الوطاء نظرا الى عائته ولتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة
الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولولم يدع المشتري نسب الوالد الذي جاءت به المشتراة بعد أن استبراء
ثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفاً على ما عرف في محله فغامعني القول بان الاستبراء
لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول في حل المتألم ان ضميره هو هذا راجع الى ماء محترم منذ كور
قبيله فالمعنى وهو أي الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس
على ما عرف في علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الامة من قبل في ملك الغير
نكاحاً أو غيراً فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيد بما يحترم وان كان الحكم في غير المحترم كذلك فان
الجارية اذا كانت حاملاً من الزنا لا يحل وطؤها لانه آخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لا لا وضع
الشرع أن لا يكون الا في الحلال انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب العناية في خلاصة هذا التوجيه
حيث قال في بيان ماء محترم بأن لا يكون من بغي وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم في غير المحترم
كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها لانه آخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لا لا وضع
في توجيهه التقييد بما يحترم مسلماً آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغي

وأما حكمته فهو التعرف
عن براءة الرحم صيانة للبناء
المحترمة عن الاختلاط
والانساب عن الاستبراء
وذلك عند حقيقة الشغل
أو توهمه بما يحترم بأن
لا يكون من بغي وانما قيد
بذلك وان كان الحكم في
غير المحترم كذلك فان
الجارية الحامل من الزنا
لا يحل وطؤها لانه آخرج
على الصلاح أما الحكمة فلا
تصلح لاضافة الحكم اليها
لتأخر شاعنه

(قال المصنف وهو أن يكون
الولد الخ) أقول أي الاستبراء
لان يكون الولد الخ وحذف
الجار مع أن وأن قياس
(قال المصنف لان العلة
الحقيقية ارادة الوطاء)
أقول لعل المراد هو التمكن
الشرعي (قوله وانما
قيد بذلك الى قوله على
الصلاح) أقول قوله جلا
تعليل لقوله وانما قيد وقوله
فان الجارية تعليل لقوله
كذلك (قوله ولتأخرها
عنه) أقول ولبطء منها

غير أن الإرادة أمر مبطن قيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطاء والتمكن انما ثبت بالملك والبدن
فانصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد بانيد وتعدى الحكم
الى سائر أسباب الملك كاشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

المسبو في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز ووطأ بلا استبراء مع
تحقق الزنا جواز مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل ووطؤها
لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من عدم حمل وطم لذلك عدم حله اشغل شتمل على أن عدم جواز ووطئها
ليس لاحترام الماء بل لثلا يبقى ماؤزرع غيره كما مر في كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل
من وجوه الاول ان قوله للمسبق في كتاب النكاح ان نكاح المرتبة ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل
صحيح للعدم ههنا لان جواز نكاح المرتبة وجواز وطم الزوج بلا استبراء لا يدل على جواز ووطء الجارية
المرتبة للملك بلا استبراء وكيف والذي سبق في كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها
حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرأ
لانه احتمال الشغل بماء الغير فوجب التنزه كافي الشراء وله ما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ ولا
يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف في وجوب الاستبراء
في الشراء مطلقا وانما الخلاف في الاستبراء في نكاح المرتبة والكلام ههنا في الشراء ونحوه من التملكات
فلا يتم التقريب أصلا والثاني ان قوله فاذا جاز ووطأ بلا استبراء مع تحقق الزنا جواز مع احتماله
أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان محجوزا للوطء بلا استبراء لا يرتفع وجوب الاستبراء
في باب تلك الجارية بالكتابة اذا احتمال الزنا غير منتف في كل جارية مسلمة وان كان مراده أنه اذا جاز
وطأها بلا استبراء في صورة النكاح مع تحقق الزنا جواز مع احتماله أولى في تلك الصورة لا يتم التقريب
كما لا يخفى والثالث ان قوله في دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك شغل محقق ولا يلزم من
عدم حمل وطم لذلك عدم حله اشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام في قول المصنف بماء محتمر قيدا
لنحوه الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل ونحوه الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا
للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال في شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد
نابت النسب وهو أي احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهم أن يكون الولد الحاصل منه
نابت النسب انتهى فاذا كان قيد المجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رجها مشغول
حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطمها ليس
لاحترام الماء بل لثلا يبقى ماؤزرع غيره كما مر في كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض
المذكور على عدم احترام الماء في الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء في الجارية الحامل من الزنا أيضا
مع عدم احترام الماء فيها فانفة قضى بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطمها ليس
لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غير أن الإرادة أمر مبطن قيدار الحكم على
دليلها وهو التمكن من الوطاء) قال صاحب العناية في بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكّن منه أرادته ورد
عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطاء ودواعيه وقال
ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتكّن منه يريده والتمكّن انما ثبت الخ والمراد من التمكن هو
التمكّن الشرعي انتهى أقول كل من اراده وما اختاره ليس بتمام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج
ممنوعا أيضا عن الوطاء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطاء والمنع عن الشيء انما يكون عند
القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعشى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة
في بيان ان الاستبراء يجب على المشتري لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطاء وانتهى انما يستقيم

وأما العلة شهنا فكذلك
لان الإرادة أمر مبطن
لا يطلع عليه لان بعض من
يستحدث الملك قد لا يريده
ذلك قيدار الحكم كمن على دليل
الإرادة وهو التمكن من
الوطء فان صحيح المزاج اذا
تمكّن منه أرادته والتمكّن
انما ثبت بالملك والماء
فانصب سببا وأدير الحكم
عليه وجودا وعدمه تيسيرا
هذا في المسببة ثم تعدى الحكم
الى سائر أسباب الملك كالشراء
والهبة والوصية والميراث
والخلع بأن جعلت الامة
بدل الخلع والكتابة بأن
جعلت الامة بدلا فيها فان
قبل الموجب ورد في المسببة
على خلاف القياس لتحقيق
المطلق كما ذكرتم فهـ لا
يقتصر عليها فالجواب أن
غيرها في معناها حكمة وعلة
وسببا فالحق بهادالة

(قال المصنف وأدير الحكم
عليه) أقول وجودا وعدمه
كما يجيء في هذه الحقيقة
(قوله فان صحيح المزاج اذا
تمكّن منه الخ) أقول فيه
بحث فان غير صحيح المزاج
ممنوع أيضا عن الوطاء
ودواعيه ولعل الادلى أن
يقول فان الظاهر أن
التمكّن منه يريده والتمكّن
انما ثبت الخ والمراد من
التمكّن هو التمكن الشرعي

وإذا ظهر هذا فلتأول على المشتري من مال الصبي من المرأة والمملوك وعن لا يحصل له وطؤها كونهما أختها رضاعاً أو ورثتها وهي موطوءة وأسسه وكذا إذا
 كانت بكر التفتق السبب وهو استحداث
 (٩١٤) الملك واليد ولا يجزأ بالحبيضة التي اشتراها في أنثائها

وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحصل له وطؤها وكذا إذا كانت
 المشتراة بكر التفتق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم بطونها فيه تفتق السبب
 عند نزع الشغل وكذا لا يجزأ بالحبيضة التي اشتراها في أنثائها ولا بالحبيضة التي حاضتها بعد الشراء وغيره
 من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعد ما قبل القبض خلافاً لابي يوسف رحمه الله لأن
 السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجزأ بالخاص قبل الإجازة في بيع
 النصف والى وإن كانت في يد المشتري ولا بالخاص بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريه بشراء صحيح
 لما قلنا (ويجب في جارية للمشتري فيما شترى فاشترى الباقي) لأن السبب قد تم الآن والحكم يضاف
 إلى تمام العلة ويجزأ بالحبيضة التي حاضتها بعد القبض وهي محبوسة أو مكتوبة بأن كانهم ابتاعوا ثم
 أسأت المحبوسة أو عجزت المكتوبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد إذ هو مقتضى الحال
 والحكمة لما منع كافي حالة الحبيض (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الأبقه أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة)
 أو فككت الرهونة لانه عدم السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادبر الحكم عليه وجوداً
 وعدمها وإلّا نظر كثيرة كتبنا في كفاية المنتهى وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمه الوطء حرم الدواحي
 لأفضائها إليه أولاً لاحتمال وقوعه في غير الملك على اعتبار ظهور الحمل ودعوة البائع بخلاف الخائض
 حيث لا تحرم الدواحي فيه إلا لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواحي
 لا يفتق إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أو صدق الرغبات فتفتق إلى

عند تمكن الوطء والتمكن للمشتري لانه هو المملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثاني فلانه
 كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعي والظاهر أن التمكن الشرعي مما هو محرم شرعاً
 غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعاً ولا شك أن علة الاستبراء مقدمة عليه فلا بد أن يكون
 دليلها أيضاً مقدمة عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن
 الشرعي دون التمكن الطبيعي لزم أن يتمكن من المحرم الشرعي تمكناً شرعياً وهو ظاهر المحذور تأمل
 (قوله) وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وعن لا يحصل له وطؤها وكذا إذا
 كانت المشتراة بكر التفتق السبب وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم بطونها فيه تفتق السبب
 هذا قالوا إن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة في شرح الوقاية
 وأجاب حيث قال برده عليه أن الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الأنواع المضبوطة فإذا كانت
 الأمة بكراً أو مشتراً عن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغي أن لا يجب الاستبراء لأن عدم الشغل بالماء
 المحترم متيقن في هذه الأنواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام في سبائاً وطاس إلا لوطاً
 الخيال حتى يضعن جاهن ولا خيال حتى يستبرأ أن بحبيضة فإن السبب لا يتحقق من أن يكون فيها
 بكر أو مربية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبي صلى الله عليه وسلم حكماً عاماً فلا يختص بالحكمة
 فإذا ثبت الحكم في السببي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياساً فإن العلة معلومة ثم تأيد ذلك
 بالإجماع إلى هنا كلامه وأجاب صاحب الأصلح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر
 فقال إن نوعم الشغل ثابت في البكر وفي المشرية عن لا يثبت نسب ولدها منه أما في الأولى فلأن احتمال
 وصول الماء إلى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما في الثانية فلأن كفي الكافي من أن المعتمر النوعم

وقال أبو يوسف رحمه الله
 يجزأهم لأصول المقصود
 وهو تعريف البراءة ولا يفتق
 حصلت بعد الاستحداث
 بسبب من الأسباب قبل
 القبض ولا بالولادة الحاصلة
 بعدها أي بعد أسباب
 الملك قبل القبض لتحقيق
 ذلك قبل تمام السبب لأن
 السبب استحداث الملك
 واليد وهي انما تكون
 بالقبض ولا يعتبر بالحكم
 قبل السبب وما بعده
 واضح وقوله (لما قلنا)
 إشارة إلى قوله لأن السبب
 استحداث الملك واليد
 والحكم لا يسبق السبب
 (ولا يجب الاستبراء على
 الأبقه) يعني التي أبقفت
 في دار الإسلام ثم رجعت
 إلى مولاها فإن أبقفت إلى
 دار الحرب ثم عادت إليه
 بوجه من الوجوه فكذلك
 عند أبي حنيفة رحمه الله
 لأنهم لم يملكوها فلم يحدث
 الملك وعندهما يجب عليه
 الاستبراء لأنهم لم يملكوها
 وقسوله (حرم الدواحي
 لأفضائها إليه) أي إلى
 الوطء كما إذا طاهر من
 امرأته فإنه حرم وطئها وحرم
 دواحيه لأفضائها إليه
 (قوله) وقال أبو يوسف

يجزأهم) أقول الأولى تأخير عن قوله ولا بالولادة (قوله إشارة إلى قوله لأن السبب استحداث
 الملك الخ) أقول فإن قيل المشتري شراء فاسداً يملك بالقبض على ماهر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف إلى الكامل فالمراد
 استحداث الملك الصحيح

ولم يذكر الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تتحرم لانها لا يمتثل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها
حبل لا تمنع دعوة الحربي

سواء كان من المالكات أم من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس
على الحكم حتى يدفع ببيان وجه ثبوته عام بل على الحكمة بان لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب
الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب
المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليس على الحكم تلك الانواع لانه تكون الحكمة حكمة
فخاصة له أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اه أقول ليس
هذا بشئ فان شرع الصانع الحكيم لا يتخلو عن الحكمة والفائدة فنهاما لا يتيسر وقوف البشر عليه
ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه
فقالوا انهم اعترف براءة الرحم صيانة للياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند
حقبة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الأدلة الشرعية
فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت
الحكمة فيه فقولته خاصة له أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة
فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان ما له الاعتراف بعدم صلاحية ماعده أساطين الفقهاء حكمة
في هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المشرع ثم أقول بقي شئ آخر في
جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم في السببي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك
كذلك قياسا ليس بتمام فان النص ورد في المسببة على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستماع به وهو
الملك كما صرح به في العناية وغيره وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس
كما عرف في علم الاصول فأنى يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن
يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر
الدواعي في المسببة وعن محمد أنها لا تتحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من
الاصل وهي المسببة الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسببة دونها وأجيب
بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما ان التعدى ان كان
بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط
يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسببة أمران الافضاء والوقوع
في غير الملك فان لم تحرم بالتأني فلتحرم بالاول اذا حرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان
التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون الاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للتحقق به لعدم
والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل به الشافعي وأكثروا الفقهاء فلما كان
علمنا في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية
أقول في قوله فلما كان علمنا في المسببة أمرا واحدا لم تعتبر نظرا فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة
فوحدهم لا تنافي اعتبارها ولا تضرب بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم
ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل ترى كثيرا من الخلافات قد اكتفوا
فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن
الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبيل الاستبراء في غير المسببة
لافضائها الى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استتلال كل
واحدة من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار

أنها لا تتحرم واستشكل ذلك
حيث تعدى الحكم من
الاصل وهي المسببة الى
الفرع وهو غيرها بتغيير
حيث حرمت الدواعي في
غير المسببة دونها وأجيب
بان ذلك باعتبار اقتضاء
الدليل المذكور في الكتاب
وفي فيه نظر من وجهين
أحدهما أن التعدى ان
كان بالقياس فالجواب
المذكور غير دافع لان
عدم التغيير شرط القياس
كما عرف في موضعه وانتفاء
الشرط يستلزم انتفاء
المشروط والثاني أن ما دل
على حرمة الدواعي في غير
المسببة أمران الافضاء
والوقوع في غير الملك فان لم
تحرم بالتأني فلتحرم بالاول
اذا الحرمة تؤخذ بالاحتياط
ويمكن أن يجاب عنه بان
التعدية ههنا بطريق الدلالة
كما تقدم ولا يبعد أن يكون
اللاحق دلالة حكم الدليل لم
يكن للتحقق به لعدم
والدليل هنا أن حرمة
الدواعي في هذا الباب مجتهد
فيه ولم يقل به الشافعي
وأكثروا الفقهاء فلهذا
فلما كان علمنا في المسببة
أمرا واحدا لم تعتبر ولما
كان في غيرها أمران تعاضدا
اعتبرت

وقوله ولا يبعد أن يكون
اللاحق دلالة حكم الدليل
أقول لم لا يجوز مثل ذلك
في القياس فانه يكون
بدليل آخر وليس بتغيير يستلزم فقد ان شرط القياس فليتأمل

وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما رويته إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى
بضعن جامنين وقوله (وان ارتفع حيفضا) (١١٦) أى أنه متطهر حافى أو أن الحيفض لا يبطؤ وها حتى إذا تبين أنهم ليست بمجامل جامعيها

لأن المقصود تعرف براءة
الرحم وقد حصل بغير
مدونة على أن الحبل
لو كان انقهر وليس فيها
تقدير في ظاهر الرواية
عن أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله إلا أن مشايخنا
رحمهم الله قالوا يتبين ذلك
بشهرين أو ثلاثة على
ما ذكر في الكتاب الخ
قيل والاول أصح وهو أن
يتروكها شهرين أو ثلاثة
لظهور الحبل في ذلك غالبا
وقوله (ثم يشتريها أو يقبضها
أو يقبضها) أى ونشر يعنى
يشتريها أو يقبضها إذا
زوجها البائع أو يقبضها
إذا زوجها المشتري قبل
القبض وقيل بقوله من
يوثق به لأنه إذا لم يوثق به ربما
لا يطلقها فكل احتمال
عليه لاله والحيلة في غشية
هذه الحيلة أن تزوجه على
أن يكون أمرها بيده
بطلقها متى شاء وقيل بقوله
ثم يطلق الزوج يعنى بعد
القبض لأنه إن طلقها قبله
كان على المشتري الاستبراء
إذا قبضه فى أصح الروايتين
عن محمد رحمه الله لأنه إذا
طلقها قبل القبض فإذا
قبضها والقبض يحكم العقد
بمنزلة العقد صار كأنه اشتراها
في هذه الحالة وليست في
نكاح ولا عدة فلم يمه الاستبراء

والأتم كافي والأحرام وفي المنكوحه إذا وطئت بنسبه كما سيجى في الكتاب هذا وقد أورد بعض
المؤخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم
ولا يبعد أن يكون لا حتى دلالة حكم الدليل لم يكن للتحقق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن
كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا مستقيم أما أولا فلأن المنع
ونطفة المحب فان حصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم اغذور
المذكور في النظر وعوة تعدية الحكم من الأصل إلى القرع بتغيير كما عرف في علم الأصول والاستناد
بأنهم يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير في هذا الطريق بقابلة منعه بمنع كون هذا من
قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانياً فلأن منع كون التعدية
فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا إذ قد تقرر في أصول الفقه أن من شرط القياس
أن لا يكون حكم الأصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء
نابت على خلاف القياس لتحقق المالك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وإنما يتيسر الالتحاق
بطريق الدلالة وقد أشار إليه هنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم إن ذلك البعض
في هذا المقام كلمات أخرى وأهمية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحة ناعن التعرض لها رويما
للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله
والرغبة في المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العيني أقول هذا أخبط ظاهر إذا لفرق بين المسبية
والمشتراة في كون الرغبة في كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف في بيان
الخلاف بينهما إلى ما لفرق بينهما فيه أصلا وإنما الصواب أن قوله على ما بينا إشارة إلى قوله أو لاحتمال
وقوعها في غير المالك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع أذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه
قطعنا قوله لأنها لا تختم وقوعها في ملك الغير لأنه لو ظهر رجها حبل لا تصح دعوة الحربي أه (قوله
والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما رويته) قال صاحب العناية وقوله لما رويته إشارة إلى قوله عليه
السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قدسها الشارح المذكور في لفظ الحديث الذي
رواه المصنف فيما مر حيث قل ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لا يوطأ الحبالى حتى يضعن
حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأن ولعمري أن هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان
القلم والله خير حافظا (قوله والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

(قوله وقوله على ما بينا إشارة إلى قوله والرغبة الخ) أقول بل إشارة إلى قوله ولا احتمال وقوعها في
غير المالك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله إشارة إلى ما ذكره كما لا يخفى

إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أن وجود السبب كما إذا كانت معدة الغير قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس ولا يقبل ولا يتطرق إلى فرجها بشهوة حتى يكفر) لأن الماحرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للأفضاء إليه لأن الأصل أن سبب الحرام حرام كافي الاعتكاف والأحرام وفي المنكوحه إذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلقوا المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد قال الامام قاضيان في فتاواه في تصوير المسئلة إذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المرء ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وإنما شرط تسليم الجارية قبل القبض من الشراء كيلا يوجب القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا بخلاف ما لو سلمها قبل الشراء فإن القبض السابق بحكم الزوج وإن عرض له كونه قبضا بحكم الشراء إلى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلا نه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيان في فتاواه وأمس بتمام فان ما ذكره الامام قاضيان إنما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا في هذه المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني وإن لم تكن تحت المشتري حرة فلا سقاط الاستبراء حيلة أخرى وهي أن يتزوجها المشتري قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن النكاح يثبت له عليها الفرائش وإنما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على فراغ رجها من ماء الغير انتهى والمصنف قد احتار قول هؤلاء فلا ذلك أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانياً فلا نية قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا ليس بسديد لأن حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالا لا يوجب الاستبراء بل يقتضي سقوط الاستبراء ألا يرى إلى قول المصنف فيما بعد لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالا لا بفساد النكاح بلك اليمين تأمل توقف ثم قال ذلك البعض ثم إن صاحب الكافي سلك طريقته المصنف ولم يلتفت إلى هذا الشرط إلا أنه صور المسئلة بصورة تأخير التسليم تضييعا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء في صورتين معا فقال والحيلة أن لم تكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم الاستبراء لأن النكاح ثبت له عليها الفرائش وإنما اشتراها وهي في فراشه وقيام الفرائش له عليها دليل شرعي على تبين فراغ رجها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لأنها كانت حلالا بالنكاح قبل ذلك انتهى فان قلت لا نسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وإن كانت حلالا بالنكاح إلا أنه زال ذلك بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لأنه زمان زواله وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلا نية يستعقبه الشراء فإن المشتري ما لم يشرع عن التلفظ بلفظ اشتريت بعد إيجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لأن وجود العلة يقرن بوجود المعلول لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الأخير في اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح لا يقال سلمنا أن فوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث فوع الحل إلا أنه حدث حل هو أثر ملك اليمين وذلك كاف في وجوب الاستبراء لا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن لم تكن حلالا بسبب من الأسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر إذ لقائل أن يقول الشراء

وقوله (إذا لم يكن فرجها حلالا لا يجب الاستبراء) لأن القبض إذا لم يكن يمكن من الوطء والممكن منه جزء الحيلة ألا ترى أن تزويج المشتري وإن كان قبضا حكما لم يعتبر بكونه حرا بل للممكن وقوله (كما إذا كانت معدة الغير) يعني إذا اشتري أمة معدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لأن عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشتري فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال (ولا يقرب المظاهر ولا يمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة في الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق في الاستبراء إلى حرمة الدواعي وفي هذه المسئلة حرمة الدواعي ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكهما من مسائل باب الطهارة

لأن الحيض يتم بشرط عمرها والصوم يتم بشهر رائفه رضاوا كثر العرف فلا ففي المانع عنها بعض الحرج
ولا كذلك ما عداها القصور مدحها وقد صرح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع
نساءه وحسن حيض قال (ومن لا أمتان أختان نقباء ما بشهوة فانه لا يجامع واحدة
منهن ما ولا يقبها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بمالك
أو نكاح أو يعتقها)

سبب الملك وحل الرضاء حكمه وحكم الشيء يتعقبه قرمان وجود الملك خال عن الحمل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتمل فان هذا من المطارح الى هذا لفظ ذلك البعض أقول ما أوردته في خاتمة كلامه ليس بشئ فإنه ان أراد بقوله وحكم الشيء يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع عجزا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أي يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحمل مطلقا وبالجملة لزم تأخر حكم الشيء عن الشيء زمانا ممنوعا ولزم تأخره عنه ذاتا مسلم ضرورة كون حكم الشيء متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن اطل مطلقا فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض يمتد شطر عمرها) قال صاحب النهاية أي يترتب من شطر عمرها وهو عشرة أيام في كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهي نصف الشهر وانتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أي قريب شطر عمرها وهو الثالث أو الما راد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعي علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ماقط جدا فان الحديث الذي استدله به الشافعي عليه هو قوله عليه السلام في نقصان دين المرأة تعدا حداث شطر عمرها الاتصوم ولا تصلي ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر في الحديث حقيقة لان في عمرها زمان الصغر ومدة الحمل وزمان الاياس ولا تحبض في شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة ثم هذه الآثار كان مقار بالشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك انه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهرى في صحاحه والمطرزى في الغرر لا يتقوى استدلال الشافعي عاينا بالحديث المذكور بل لا يمتشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال لتكون الشطر هناك على حقيقة بعد عدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا بل لا بد وأن يحمل على المحازبان يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكرنا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكان صاحب العناية نسي ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال في هذا المقام وشطر الشيء نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثاني دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشرة يوما وهي نصف الشهر فكانه زعم أن الشطر لا يجيء إلا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجيء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشيء وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أي بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعي في أن يكون الشطر حقيقة في معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم انه حقيقة في معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان جبرد تحقّق الحيض في بعض عمرها لا يقتضى الحرج في المنع عن الدواعي أيضا حالة الحيض وانما الذي يقتضى الحرج في ذلك تحقّق الحيض في نصف عمرها أو في قريب من نصف عمرها اطول مدة الحيض اذ ذلك وهو المفضى الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع في عبارة

وقوله (لان اخيض عند شطر
عمرها) قال في النهاية أى
يقرب من شطر عمرها وهو
عشر أيام في كل شهر فكان
قريبا من خمسة عشر يوما
وهى نصف الشهر وفيه
نظر لانه يشير الى ان الشطر
هو النصف ويتقوى بذلك
استدلال الشافعي رحمه الله
علينا بالحديث على أن
أكثر الخيض خمسة عشر
يوما وقوله (ومن له أمتان
أختان فقبلهما) هذه على
ثلاثة أوجه اما ان قبلهما
أولم يقبلهما أو قبل
احدهما فان لم يقبلهما
أصلا كان له أن يقبل ويطأ
أبنتهما شاء سواء كان اشتراهما
معا أو على التعاقب وان
كان قبل احدهما كان له
أن يطأ المقابلة دون الأخرى
وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد
بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة
لا يكون معتبرا فالحكم
ما ذكره في الكتاب

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم وكذا لا يجوز الجمع
بينهما في الدواعي لاطلاق لنص ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فإذا
قبلهما فكان وطئهما ولو وطئهما فليس له أن يجامع أحدهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا إذا قبلهما
وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بيننا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح
أو بعته لانه لما حرم عليه فرجهما لم يبق جامعا وقوله بملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه
بيعا أو غيره وملك الشئ فيه كتمليك الكل لأن الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من أحدهما
كاعتاق كلها

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقرب من النصف ليوافق مذهبا في أكثر مدة الحيض (قوله
وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين
ولا يعارض بقوله تعالى أو ماملكت أيمانكم لأن الترجيح للحرم) قال تاج الشريعة فإن قلت الأصل
في الدلائل الجمع وأمكن هنا بأن يحتمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ماملكت أيمانكم على
ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجدنا وهو قطعية الرحم فيثبت الحكم
هنا أيضا لأن قوله أو ماملكت أيمانكم مخصوص أجماعا فإن أمه وأخته من الرضاع والامة المحسوبة
حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقفي أثره صاحب الكفاية
والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أمان في الوجه الأول فلان حاصله أنه على تقدير
أن يحتمل قوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضا لدلالة
لوجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطعية الرحم لكنه ليس بتام إذ قد تقرر في أصول الفقه أن عبارة
النص وإشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن إفادة عموم قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم حمل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالإشارة فيه لازم أن يترك
به دلالة الآية الأخرى على حرمة الجمع بينهما ما وطأ على مقتضى قاعدة الأصول وأمان في الوجه الثاني
فلان حاصله أن قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصارت ظاهرا
لتمكن الشبهة كما عرف في علم الأصول فلا يلزم أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع
لكونه قطعية لكنه ليس بتام أيضا إذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض إنما يكون
ظاهرا إذا كان المخصص موصولا وأما إذا كان مفعولا متاخرا فالخاص اذ ذلك يكون ناسخا للعام في
القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعية بالاشبهة والظاهر أن مخصص الام والاخت من
الرضاع والامة المحسوبة من قوله تعالى أو ماملكت أيمانكم ليس بموصول به فليس يكن ظاهرا في الباقي
بل كان قطعية المحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضته فتأمل (قوله وقوله
بملك أراد به ملك عين فينتظم التملك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التملك
بسائر أسبابه أي أسباب التملك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى
أقول في بعض تمهيلات خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة أمان في الوصية والميراث فلان تملك الغير في
الوصية والميراث إنما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فإنه
لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الأخرى غيره
بملك أو نكاح فإن شيئا من الجماعة والمسا والنظر لا يتصور بعد الممات على أن نفس التملك أيضا على
حقيقته غير متصور في الارث وأمان في الكتابة فلانهم لم يلقوا بالاعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا
الكتابة كالاتفاق في هذا فكانت من فروع قوله أو بعته ما غير داخل في قوله حتى يملك فرج الأخرى غيره

وهو مذهب على رضى الله
عنه ع لاطلاق قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الاختين
وكان عثمان رضى الله عنه
يقول أحلتها ما آية يعنى
قوله تعالى أو ماملكت
أيمانكم وحرم ما آية يعنى
قوله تعالى وأن تجمعوا بين
الاختين والأصل في
الابضاع الحل بعد وجود
سبب الحل وقد وجد وهو
ملك اليمين قال المصنف
رجحه الله (ولا يعارض بقوله
تعالى أو ماملكت أيمانكم
لأن الترجيح للحرم) لا يقال
يجوز أن يكون المراد بالجمع
بينهما نكاحا فلا يتناول
محله النزاع لأن النكاح
سبب مشروع للوطء فحرمة
الجمع بينهما كما حاد ليل على
حرمة الجمع بينهما فوجب
ترجيح المحرم والباقي واضح

قوله (وكذا الكتابة كالاتفاق) كلمة كذا زائدة وقوله (في هذا) أى فى أنه يحل وطء الأخرى واستشكل ذلك لأنها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزم استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها غيره فكان ينبغي أن لا يحل له وطء الأخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطء ما جعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الأخرى وقوله (ويكرهه أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) وانزع وعن عطاء ابن عباس (١٢٠) رضى الله عنهم أسئل عن المعانقة فقال أول من عانق إبراهيم الخليل

وكذا الكفاية كالاتفاق في هذا الشبوت حمة الرطه بذلك كله وبرهن احداهما واجارتهما وتديرهما لا تحل
الاخرى الا يرى أمه الا يخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما اذا زوج احداهما نكاحا
فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا أن يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كنكاح الصحيح
في التحريم ولو وطئ احداهما احل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعيا لوطء الاخرى
لا بوطء المطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (وبكره أن يقبل
الرجل قسم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه) وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد
وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي عليه السلام عانق جعفر ارضى الله عنه
حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روى أن النبي عليه السلام نهى عن المكامعة وهي
المعانقة وعن المكامعة وهي التقبيل وما رواه مجمل على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في
ازار واحد أما اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة)
لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فقال المكرم ومن المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله في ازار واحد فانه سبب يقضى اليها فاما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يده غير لازم فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبي الفداء رحمه الله أنه كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم

للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت
تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون
بتركي القدام

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان في أزاروا حياءً أو كان عليه جبة أو قيص فبين ما ذكره الشيخ أي يومئذ من صور ما ذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الأولى ما ذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعاقبة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته
ضاجعه أو كأمع المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكامة
أي عن ملائمة الرجل الرجل ومضاجعته أي لا تستريينهما إلى هنا لنظ غاية البيان وقال العيني بعد
تدل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالباً ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب
أن يعاقبه اه أقول ليس هذا بشئ لان ككون المضاجع هو المعانق غالباً ممنوع ولو سلم ذلك
فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعاقبة في الغالب وانما الذي يلزم منه أن يلزم المكامعة
والمعاقبة في الغالب ولا شك أن أحد المتسلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح
تفسير احدهما بالآخرى ولو سلم صحة التفسير باللازم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة
لما وجدت بدون المعاقبة وان كان في غير الغالب كانت المعاقبة أخص من المضاجعة فلم يصح
تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعاقبة بناء على عدم صحة التفسير بالأخص ونظر صاحب الغاية
انما هو في تفسير المكامعة بالمعاقبة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعاقبة مع أن
المكامة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كأمع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعاقبة
والظاهر أن مانه من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعاقبة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة
لأعلى ذلك الوجه على أن المكامة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة
في القاموس كأمع ضاجعه في ثوب واحد إلى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية
فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن الكلام في
المعاقبة تعاملاً لتفسير المصنف المكامة بالمعاقبة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعاقبة
كيف يسوغ تفسير المكامة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليسكون
مطابقاً للمدعى وأما قوله والظاهر أن مانه من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعاقبة فممنوع اذ لم
يقبل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامة المذكورة في الحديث بل أطلقوها
قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامة والمكامة أي عن ملائمة الرجل
الرجل ومضاجعته أي لا تستريينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكأمعه مثل ضاجعه والمكامة
التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا تستريينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى
عن المكامة والمكامة أي عن ملائمة الرجل الرجل لا تستريينهما ومضاجعته أي في ثوب واحد
لا تستريينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا
حكاه الأزهرى والجوهري انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لأعلى ذلك الوجه
فممنوع أيضاً لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا تستريينهما ليست بأقل من
شناعة مجرد المعاقبة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية
سيما عند إطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامة
بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهد عليه بما في القاموس فليس
بمفيد أصلاً لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة إلا أن معناها ليس عين معنى المعاقبة
ولامساو ياله في التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفت من قبل
فكيف يصح تفسير المكامة بالمعاقبة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية في أن يحصل الرد
عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري ان مقاسد قوله التأميل مما يضيق عن الاطاحة به نطاق البيان والله
سبحانه وتعالى المستعان

﴿فصل في البيع﴾ أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والملس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال (ولابأس يبيع السرقي) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

﴿فصل في البيع﴾ قال (ولابأس يبيع السرقي ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقيين أيضا لانه يحس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلد في الاراضى لاستكثار الربع فكان مالا والمال محمل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروى عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النخاسة قال (ومن علم بجارية أنها رجل فرأى آخر يبيعها وقال وكانى صاحبها يبيعها فإنه يبعه أن يتناعها ويأطأها) لانه أخير بخير صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أى وصف كان لما مر من قبل وكذا إذا قال اشترى بثمانية أو وهما إلى أو تصدق بها على لما قلناه وهذا إذا كان ثقة

﴿فصل في البيع﴾ قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب والملس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لاوما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضهم عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا إذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون بمن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته ولو جاهدته انتهى واقفى أثره العيني وقد سبقه قهنا إلى ما أخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالوا تأويل قوله وهذا إذا كان ثقة بعدم قوله على أى وصف كان يعنى أنه بمن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروته انتهى أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا إذا كان ثقة بل قال بعده وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أى وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسهه أن يتعرض لشئ من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضمير فيه لان المستفاد من قوله على أى وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمل فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيد الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا إذا كان ثقة أن يكون بمن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا بمن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الانحصار لشئ لا يقتضى عدم لزوم الإجماع له فالصواب أن مراد المصنف بقوله إذا كان ثقة إذا كان عدلا وبقوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا إذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أى وصف كان أصلا كما تحققتة آتفاو بما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا إذا كان

احتراز عن الرواية الاخرى وحى أن الانتفاع بالعذرة انحصار لا يجوز وقوله (على أى وصف كان) يعنى حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعنى في فصل الاكل والشرب في قوله ومن أرسل أجبره بحوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للخرج وقوله (لما قلنا) إشارة الى قوله لانه أخير بخير صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون بمن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروته أولوجهاته

﴿فصل في البيع﴾ (قوله فان قيل قوله وهذا إذا كان ثقة يناقض قوله على أى وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم أن يدخل تحت قوله على أى وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى الى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وقوله

لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر رأى لا يبقى فرق بين ما بين الدينات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا أكبر رأى على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الدينات بأكثر رأى اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل (قوله أجيب بان معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث

الخبر عدلا وان كان الخبر غير ثقة أو كان لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة برأيه أن الخبر إذا كان فاسقا أو مستورا
 نظريه فان كان أكبر رأيه أنه صادق الى آخر كلامه فانه ذكر عدلا موضع ثقة وفسر غير ثقة في قول
 محمد وان كان الخبر غير ثقة بالفاسق ومن لا يدري أنه ثقة أو غير ثقة بالمستور حيث قال برأيه أن الخبر
 إذا كان فاسقا أو مستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ في باب مسائل قبول خبر الواحد في كتبهم
 المعتمدة لا يشبه عليه أن المراد بالثقة هو العدل وبغير الثقة غير العدل فانهم كثيرا ما يذكرون كل
 واحد من لفظي العدل والثقة موضع الاخر وكذا الحال في غير الثقة وغير العدل وقال بعض المتأخرين
 في حل هذا المقام قوله وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان يعني عدلا كان أو غير
 عدل صيبا كان أو بالغائرا كان أو عبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أو امرأة لكن بشرط كونه
 ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن يعتمد على قوله إذا كان وجب في الناس ذامروة لانه
 لا يعمل الى خطام الدين والوجهه ولا يكذب لمروة فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة كما دل عليه
 قوله على أي وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة لان الثاني أعم
 من الاول ولو سلم فلا منافاة أيضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكان
 صاحبها يبيعها الا في قبول قول الواحد في المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به
 بقوله وكذا إذا كان غير ثقة الا أن قبوله يكون مع ضمنية التحري الموافق الى هنا كلامه أقول فيه
 فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافي قول المصنف رحمه الله
 وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بما ينافيه صريح عبارته
 والثاني ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كما صرح به بقوله وهذا إذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
 وهذا إذا كان ثقة انما يكون تصريحا بشرط كونه ثقة أن لو اقتصر الكلام عليه ولم يقل وكذا إذا
 لم يكن غير ثقة وما قال وكذا إذا كان غير ثقة كان كلامه صريحا في عدم اشتراط كونه ثقة كما لا يخفى
 والثالث ان قوله ولو سلم فلا منافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لو سلم المناقاة بين عدم اشتراط
 العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلا منافاة أيضا ولا شك أن تسليم المناقاة يناقض القول بعدم المناقاة
 فكان مضمون كلامه المزبور جمعا بين النقيضين اللهم الا أن يكون قوله ولو سلم ناظر الى قوله لان الثاني
 أعم من الاول لا الى قوله فلا منافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولو سلم عدم عموم الثاني
 من الاول فلا منافاة أيضا والرابع ان قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد
 قوله وكان صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات ظاهر البطلان لان المصنف وغيره علوا كونه
 في سعة من ابتاعها ويطأها يكون قول الواحد في المعاملات مقبولا على أي وصف كان فلو كان
 الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثاني لما صح تعليل الاول بالثاني ضرورة عدم استلزام تحقق العام بتحقيق
 الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذا لم يكن ثقة كما صرح به بقوله وكذا إذا كان غير ثقة
 يدل على خلاف مسدده من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه في سعة من ابتاعها بمجرد قوله وكان
 صاحبها لا الى قبول قول الواحد في المعاملات اذ لا شك أن قول المصنف وكذا إذا كان غير ثقة
 عطف على قوله وهذا إذا كان ثقة ولا ريب أن محمل الحكم في المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
 ما أشير اليه بلفظ هذا في المعطوف عليه فاذا كان صريحا معنى قوله وكذا إذا كان غير ثقة وكذا يقبل
 قول الواحد إذا كان غير ثقة كما اعترف به فلا جرم أن يكون معنى قوله وهذا إذا كان ثقة وقبول قول
 الواحد إذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهو خلاف ما ادعاه والسادس
 ان اعترافه ان يكون قول الواحد مقبولا فيما إذا كان غير ثقة أيضا يكون قول المصنف وكذا إذا
 كان غير ثقة صريحا في ذلك يناقض قوله في صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أي وصف كان

وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ماهر
وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ما ذكره ذلك البعض في هذا المقام برتبة خارج
عن نهي الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قوله وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق
لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ماهر) فأتى تعليله بقوله لأن عدالة المخبر في
المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما ينبغي عليه
من قبل ذلك كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على
كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على ماهر لما صح تعليله بقوله قول غير الثقة إذا كان أكبر
الرأي أنه صادق بقوله لأن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فإنه لا يلزم من عدم لزوم عدالة عدم
لزوم كونه من يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بفي هذا المقام كلام وهو أن الذي
ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لا بد في قبول قوله إذا كان غير
عدل من أن يكون أكبر رأى السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين
المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق
ولا المستور إلا إذا كان أكبر رأى السامع أنه صادق فكان ما ذكره ههنا مخالفا لما مر هنالك لأن
ما اعتبر هنالك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء
لورود هذا الاشكال فذكر أجال ما ذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه إذا كان
يقول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يفتي بفرق بين المعاملات والديانات فإن خبر الفاسق
يقبل في الديانات أيضا بأكبر الرأي على ماهر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأكبر
الرأي إذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه
ليس بشيء فإن أكبر الرأي لا يمكن أن يتحقق بدون التحري إذ التحري طلب ما هو أحرى الأمرين في غالب
الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فلم يطلب ذلك ولم يتوجه إليه كيف يتصور حصول أكبر
الرأي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأي فيه وانما اعتبار
أكبر الرأي فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني
بلفظ التحري بدل أكبر الرأي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة
المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فإن وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وان
وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريه منه وان لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان كما في
الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا
قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه أن أخبار غير العدل يقبل في
المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد
في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقبيل يجوز أن يكون المسد كور
في كتاب الاستحسان تفسير الماذكر في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا
ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في أوائل
كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينهما هو التوجيه الثاني
لأنه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات إذ لا رخصة في الديانات بدون التحري
والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره

وقوله (لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو اعظم من هذا كالفروج والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأه فأدخلها عليه
إنسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يظأها إذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره امرأة أساءه راسقه
فأصاب المنزل أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وإذا كان أكبر رأيه أنه شارب من لص لم يجعل بذلك وقوله (ألا
أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة في يد فقير لا يملك شيئاً أو كتاب في يد جادل لم يكن (٣٥) في آياته من هو أهل ذلك حينئذ يستحب له

أن يتزوجه وقوله (وان كان
الذى أنادى بها) أى بالخارجية
لان هذا كله مبنى على
قوله ومن علم بخارجية أنها
للفلان فرأى آخر يبيعها
يعنى أن الآتى بالخارجية
إذا كان عبداً أو أمة
وقال لا خير وهبتها منك
أو بيعتها منك فليس لا خير
أن يقبلها منه ولا أن
يشتريها منه حتى يسأل عن
ذلك لان المنافى للملك وهو
الرق معلوم فيه فما لم يظهر
له دليل مطلق للتصرف في
حق من رآه في يده لا يحل له
الشراء وقوله (وان لم يكن
له رأى لم يشتريها لقيام
الحاجر) بالراء المهمة أى
المانع فلا بد من دليل
وقوله (ولو أن امرأة أخبرها
ثقة) بناء على أن القاطع
إذا كان طارئاً ولا منازع
للخبر به بقبل قول الواحد
فان كان ثقة لا يحتاج الى
غيره وان لم يكن لابد من
انضمام أكبر رأى المخبر له
وإذا ظهر ذلك سهل تطبيع
الفروج عليه وقوله (لان
القاطع طارئ فيه) والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه
فلم يثبت المنازع اعترض

لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم نعم الفلان ولكن أخبره صاحب اليداهم الفلان وأنه وكله
ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان أخباره حجة في حقه وان لم
يشتريه وصاحب اليد بشئ كان عرفها الاول لم يشتريها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول
دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذواليد فاسقاً لان يد الفاسق دليل الملك في حق
الفاسق والعمل لم يعارضه معارض ولا معتبراً أكبر الراى عند وجود الدليل الظاهر ألا أن يكون مثله
لا يملك مثل ذلك حينئذ يستحب له أن يتزوجه مع ذلك لو اشتراها برخي أن يكون في سعة من ذلك لاعتماده
الدليل الشرعى وان كان الذى أنادى بها عبداً أو أمة لم يقبلها ولم يشتريها حتى يسأل لان المملوك لا يملك له
فعلم أن الملك فيها غيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الراى وان لم
يكن له رأى لم يشتريها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخذ خبرها ثقة أن زوجها الغائب
مات عنها أو طلقها ثلاثاً أو كان غير ثقة وأنادى بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كتاب أم لا إلا أن
أكبر رأيه أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا
لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا إذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج
والدماء ألا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأة وسعه أن يظأها إذا كان
ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا إذا دخل رجل على غيره امرأة أساءه راسقه فأصاب المنزل
أن يقتله إذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيه أنه شارب من لص لم يجعل
بقتله انتهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان أكبر الراى بيقوم مقام اليقين أى في كثير
من الاحكام حتى يجب به شئ كالتوجه الى جهة التحرى ويحرم به شئ كالصلاة إذا توضأ بماء أخبر
بخاسته غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الراى دليلاً شرعياً أيضاً فيما نحن فيه بل فيما هو
أعظم منه كالفروج والدماء وقال في الحاشية من قال في تفسير قوله بيقوم مقام اليقين يعنى فيما هو أعظم
كالفروج والدماء فقد سهوا انتهى أقول نسبة السهو اليه في تفسيره المذكور سهو وعظيم فانه سلك
في تفسيره المذكور مسلك الدلالة وأثبت الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما في قوله تعالى فلا تقل لهم ما
أف فان فيه النهى عن الضرب بالاولوية وليت شعبرى ماذا يقول ذلك القائل في شأن الامام الربانى
مجدد ربه الله تعالى فانه أيضاً قال في الاصل في هذا المقام وأكبر الراى يجوز العمل فيما هو أكبر من هذا
كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأة الخ كما نقل
عنه في النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضاً منسل ما قاله صاحب العناية في كونه من تلك
الدلالة بالاولوية بل ذلك ما أخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال في النهاية والكفاية بعد نقل ذلك
عن محمد فعملهم هذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الراى عند الحاجة مع
أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه فقيمادون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول
لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد

عليه بانه ان قبل خبر الواحد في افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت
والملك الثابت للغير فيه لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتاً بدليل موجب وملكه فيه اليس كذلك بل باستصحاب الحال
(قال المصنف وان كان الذى أنادى بها عبداً الخ) أقول قوله عبد أخبره كان وأناه ماصلة للذى والهاء في أنه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على
الشراء من العبد الذى آتى بالخارجية أو من الجارية التى آتى بالخارجية والباء في ههنا بالتعدي

عندي وتزوجت زوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول
وكذا قالت جارية كنت أمة فلان فاعتقتني لان القاطع طار ولو أخبرها مخبراً أن أصل الذكاح
كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوجها مرتداً أو أختها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان أو رجل وامرأتان وكذا إذا أخبر مخبراً أنك تزوجتها وهي مرتدة أو أختك من الرضاعة لم
يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر به سادة قارن والاقدام على العقد يدل
على صحته وانكار فساد ما ثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج
أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والافساد الاول لا يدل
على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة فلا
تعتبر عن نفسها في يدرجل يدعي أنها له فلما كبرت أقيمها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الأصل لم يسعه
أن يتزوجها التحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (وإذا باع المسلم خيراً وأخذ ثمنها وعليه
دين فإنه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وإن كان البائع نصرانياً فلا بأس به) والفرق أن البيع في
الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشتري فلا يحل أخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذي يملكه البائع فيحل الاخذ منه قال
(ويكره الاحتكار في أقوات الأديمين واليهائم إذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقي
فأما إذا كان لا يضر فلا بأس به) والأصل فيه قوله عليه السلام الجالب من زوق والمحتكر ملعون
ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره إذا كان
يضر بهم ذلك بان كانت المدة صغيرة بخلاف ما إذا لم يضر بان كان المصرك كبيراً لانه جالس ملكه
من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن
تلقى الركبان قالوا إذا لم يلبس المتلقي على التجار سعة البلدة فإن لبس فهو مكروه في الوجهين لانه
غادرهم وتخصيص الاحتكار بالأقوات كالحنطة والشعير والتمين والقت قول أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامه حبسه فهو احتكار وإن كان ذهباً أو فضة أو ثوباً وعن
محمد رحمه الله انه قال لا احتكار في الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر وأذ هو المؤثر في الكراهة
وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود والمتعارف ثم المدة إذا قصرت لا يكون احتكار لعدم الضرر وإذا
طالت يكون احتكاراً مكرهاً والتحقيق الضرر ثم قيل هي مقدرة بأربعين يوماً لقوله عليه السلام

وخبر الواحد أقوى منه
والباقي واضح قال (وإذا
باع المسلم خيراً الخ) كلامه
واضح وروى عن محمد
رحمه الله انه قال هذا إذا
كان القضاء والاقتضاء
بالتراضي فإن كان بقضاء
القاضي بان قضى عليه
بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن
الخمر طاب له ذلك بقضائه
وقوله (ويكره الاحتكار)
الاحتكار افتعال من حكر
أي حبس والمراد به حبس
الأقوات متربصاً للغلاء
وقوله (فإن لبس فهو
مكروه في الوجهين) يعني في
الاضرار وعدمه

الحكمة من هذا الوجه فوجه آخر فيه وجوب عدم القبول وهو أن الملك الزوج فيها ثابت والملك الثابت
لغيره لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك إذا كان ثابتاً بدليل موجب وملك الزوج فيها في الحال ليس
بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا في العناية وكثير
من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذلك هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق في فصل
الاكل والشرب ان الحل والحرمه من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيه ما إذا لم تتضمن الحرمة زوال
الملك كما إذا أخبر واحد عدل بمحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافي في الملك وأما إذا
تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما إذا أخبر عدل للزوجين أنهم ما ارتضعا من فلانة
لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك الذكاح فاضمحل الجواب وبقي الاشكال انتهى كلامه أقول
بحمته ساقط جداً لان الذي تقر في فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد عدل يقبل في باب الحل
والحرمة إذا لم يتضمن زوال الملك وأما إذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر
الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه إذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما إذا
تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظراً الى ظاهر اجمال ما ذكر

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل
والشهر وما فوقه كثير أجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتر بص العزة وبين
أن يتر بص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للعاقبة في الدنيا أما يأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة
في الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الأول
فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني
فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف
بكره لا مطلقا ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه
لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسهر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا
فان الله هو المسعر الثابت الباطن الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام أن
يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على مائتين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه حرة
أخرى حبسه وعززه على ما يرى زجر الله ودفع الضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعدوا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسريح فيئذ لا بأس به بمشورة
من أهل الرأي والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازة القاضي وهذا ظاهر
عند أبي حنيفة لانه لا يرى التجز على الحر وكذا عندهما الا أن يكون التجز على قوم بأعيانهم ومن باع منهم
بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو
على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المدين وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى التجز لدفع ضرر
عام وهذا كذلك قال (وبكره بيع السلاح في أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه
تسبب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل
أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذ خيرا) لان
المعصية لا تنقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لان المعصية تنوم بعينه قال
(ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع فيه التجز بالسواد فلا بأس به) وهذا عند
أبي حنيفة وقال لا ينبغي أن يكره شيء من ذلك لانه اعانة على المعصية

هناك فأجيب عنه بأن المسرد من زوال الملك هناك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان
باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة
أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا لا إجمال الواقع هناك في الظاهر
فكان جوابا شافيا قد اضحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس
به لانه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله
في الفتنة ولو احتملنا لضعفنا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى
أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا في حق من لم يكن معروفا
بكونه من أهل الفتنة ممنوع كغير وأموار المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب
الغاية وغيره في تعليل هذه المسئلة في حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن
لا يستعمله في الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا لاحتمال خلافه فالشك على معناه
المصطلح عليه قطعاً ولو كان احتمال أن لا يستعمله في الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله
في الفتنة قويا راجحا فينبغي أن يكون السلاح من مثله في أيام الفتنة مكرها وجواب المسئلة على

وقوله (ويتعدون عن القيمة
تعدوا فاحشا) بان يبيعوا
قسيزا بمائة وهو يشتري
بخمسين فيمنعون منه دفعا
للضرر عن المسلمين وقوله
(يرى التجز لدفع ضرر عام)
يعني كالطبيب الجاهل
والسكارى المفلس

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجارة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية
بفعل المستأجر وهو مخالفة مقتضى نصه وانما عقيدته بالسواد لا يمتنع من اشتراط البيع
والكفاية وانما يبيع النور والخنزير في الامصار القارية وسعر الاسلام فيها يختلف بالسواد والخنزير
هنا كمن في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الزمة فاما في سوادنا واعلام الاسلام فيها اشارة فلا
يكتفون فيها ايضا وهذا الصريح قال (ومن حمل اشي خرافا لا ينبغي له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد يكرهه ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صرح أن النبي عليه السلام لعن في الخبر عشرين
سألهما او اضمحل اليه له أن المعصية في شربها او فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الخلق
ولا يقصد به والحديث محمول على الخلق المقرون بقصد المعصية

خلافه وبالجملة لا وجه لشرح المذكور أصلا (وقوله أنه أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا
يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مخالفة مقتضى نصه
أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة
مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتمدين من غير بيان خلاف في شيء منها من أحد
من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذي من المسلم ببيعة يوصلي فيما فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة
لاننا استأجرها يوصلي فيما وصلا الذي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة
لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا يجعله
مسجدا يوصلي فيه المكتوبة أو النافذة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علماءنا وعند الشافعي يجوز قال
في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار يوصلي فيها طاعة ومن مذهبن أن الاجارة على
ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا لادان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه
طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استأجر ذي من ذي بيتا يوصلي فيه لا يجوز
قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى
اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلته يقتضي أن لا تبطل الاجارة
في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة
البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مخالفة مقتضى نصه نسبة ذلك
الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت
ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت إلا أن جعل منفعة حين القعد لاجل الطاعة أو المعصية تأثرا
في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل
ومثلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتنا مل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذي
من المسلم دارا يسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبيد
فيها الصليب أو أدخل فيها الخنزير لم يلحق المسلم في ذلك شيء لان المسلم لم يؤجرها لئلا انما أجره السكنى
فكان بمنزلة ما لو أجرة دار من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصى فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت
نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد بهذا اذا استأجرها الذي ليسكنها ثم أراد
بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها فما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز إلى
هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا يخفاه فيما بينه وبين
ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما
اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لتكون
مختارة لنفسه قوتها وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو ذل لا يجوز عندهم

وقوله (وليس الشرب من
ضرورات الخسل) لان
الشرب قد يوجد دون
اسهل وبالعكس فلا يكون
الخل مستلزما للمعصية

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا بأس ببيع أرضها البناء وهذا رواية عن أبي حنيفة لأنهم املوك لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولا يحنيفة قوله عليه السلام إلا أن مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولا تهرأ لأنها مبنية الكعبة وقد ناهى آية أثر التعميم فيها حتى لا ينقر صيدها ولا يحتل خلالها ولا يعرض وكما فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره اجازته أيضا لقوله عليه السلام من أجزأ أرض مكة فمكناها أكل الر باولان أراضى مكة تسمى السوايب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لأنه ملكه فربما جاز به نفعها وهو أن يأخذ منه ماشاء حاله لا ذنوبه رسول الله عليه السلام عن قرص جرت نفعها وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جازأ لأنه ودعة وليس بقرص حتى لو هلك لأشئ على الأخذ والله أعلم

جميعا وليس فليس وذكر أحد القواين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعز بن في كلام التفات وعن هذا ترى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ما ذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يساع الخرفيه بالسواد وهل يلبق بمنزل شيخ الاسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في أن اجارة البيت ليساع فيه الخمر مع كونه معصية انما صححت عند أبي حنيفة لاختلال فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذي كسره به لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خذاف فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا عن جرح التغليب فان في المسئلة المذكورة صور الاجارة البيت لان يتخذ فيه بيت نار واجارته لان يتخذ فيه كنيسة واجارته لان يتخذ فيه بيعة واجارته لان يساع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ البيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالايمن بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي بالايمن فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعاً عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الذل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذي الخمر فالامر بين خفت لا يتحقق التنافي بينهما وبين ما صرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرايع أم لا فيجوز أن يكون معنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبني كلام المصنف على القول الثاني واسكل وجهة هو مواليها (قوله وقال لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها املوك لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع دليل على أن عقار مكة عرضة للتملك والتلك انتهى وأصل هذا على ما ذكر في غاية البيان وغيرهما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى أسامة بن زيد أنه قال يا رسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربيع

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند لودية فلا فرق حينئذ بين صورة الودعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجا عن شرط الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء وأما اذا وضعه ولم يشترط شيئا فهو ودعة ان هلك لم يضمن البقال شيئا

مسائل متفرقة

قال (ويكره التعشير والنقط في المصحف) لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن وروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولأن التعشير يحل بحفظ الآي والنقط بحفظ الأعراب تمكلا عليه فيكره فإن في زماننا لا بد للجمع من دلالة ترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتخمية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنش المسجد وترينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بأن يدخل أحد النمة المسجد الحرام) وقال الشافعي يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

مسائل متفرقة

التعشير جعل العواشر في المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف في تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نطق المصاحف فيكون دليلا على كراهة نطق المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الأحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شيء من كتب الله غير القرآن لأن غيره إنما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعني في فصل القراءة من الصلاة

أودور وكان عقيل ورث أباطالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا علي لأنهم كانوا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر في هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تلك وتورث لأنه قد ذكر في أميراء عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيه من ربايع ودور انتهى ثم إن بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما في الكافي وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى علينا أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال جريان الإرث على الابنية دون الأراضى الأبرى الى صحة هذا الحديث أيضاً لو كانت الأراضى موقوفة والابنية عليها مما لو كانت انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى عمير أن الحديث المذكور يدل على ميراث الأرض أيضاً قطعاً إذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وحل ترك لنا عقيل من ربايع أودور والرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها حيث كانت والحلة والمنزل كذا في القاموس وغيره ولا شك أن كلامنا من الدار والحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعروة التي هي الأرض فكان معنى قوله عليه السلام وحل ترك لنا عقيل من ربايع أودور ما ترك لنا من البناء والأرض وإذا كان وجه عدم تركه شيئاً من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بأذنه من أبي طالب كذا كره الطحاوي في شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعاً على ميراث الأرض أيضاً وإنما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وحل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الإجمال أصلاً لا يكون كذلك إذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة بن مرسد رسول الله أنزل في دارك بمكة فإن عدم ترك عقيل بيتاً باستيلائه على الابنية وحده لا يقتضي عدم تركه أرضاً أيضاً حتى لا يمكن النزول في عروسة داره أيضاً وهذا مع وضوحه كيف خفي على ذاك البعض والجب أنه قال في حاشية كتابه في هذا المقام الرباع جميع ربيع وهو الدار بعينها والحلة والمنزل كذا في القاموس انتهى وقال في أصل كتابه ولا يخفى علينا أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الأرض قطعاً لاحتمال جريان الإرث على الابنية دون الأراضى ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبي صلى الله عليه وسلم بقوله وحل ترك لنا عقيل من ربايع أودور والله الواثق الى سواء السبيل وهو حسي ونعم الوكيل

مسائل متفرقة

(قوله ولا بأس بتخمية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنش المسجد وترينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعني في فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا اسم ومن الشارحين المذكورين لأن المصنف ما ذكره في فصل القراءة من الصلاة لا صريحاً ولا انتزاعاً بل اعتماداً كره في آخرباب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة في فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفريج في الخلاه يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة في

ولان الكافر لا ينجس عن جنابة لانه لا يغتسل اغتساله لا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد وجه هذا
بحجج مالك والتعليل بالنجاسة عام فيقتضيه المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وقد
تقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والاية محمولة
على الحضور واستيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام
الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو ملة محرمة قال (ولا بأس
بخصاء البهائم وانزاع الخبز على الخيل) لان في الاول منفعة للبيعة والناس وقد صرح أن النبي عليه
السلام كره البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما كرهها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهى عن ذلك وقد صرح أن النبي عليه السلام عاديهم وديا
مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بعبدة العز من عرشك) والمسئلة
عبارة ان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذ كرفيدل على ان النهي عن
الدخول خاص في حقه لان انما الحصر الحكم في الشيء أو الحصر الشيء في الحكم كقولنا انما
الطيب زيد وانما زيد طيب اه أقول ان قوله لان انما الحصر الحكم في الشيء أو الحصر الشيء في الحكم
ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا في أنهم
نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لافي قوله تعالى
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم وهذا فتاوى الحصر الذي تقيده كلمة انما هو في الجملة التي دخلت
عليها كلمة انما لافي الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا ينجس عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتساله لا يخرج منه عنها والجنب يجب المسجد) أقول لا يذهب علمك أن هذا الدليل لو تم دل على أن
لا يدخل الكافر شيئا من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر
المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان
الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا
وجه له في حق التعبد بحرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد
وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشيء اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر
عقليا لتأني الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدي الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس
لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحجج كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى
لا ينافي أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وقد تقيف في مسجده وهم
كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكمي أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب بالهم
خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شيء وانما أنجاسهم
على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا من النصوص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة
للتأنيدين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القليل نعم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو
قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم وهذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف
في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والاية محمولة على الحضور واستيلاء الى آخره (قوله ويكره
استخدام الخصيان) قال العمري والخصيان بضم الخاء جمع خصي كالثنيان جمع ثني وتبعه بعض
التأخرين أقول ما ذكره ليس بصحيح فان المضبوط في طامة الاعتبار من كتب اللغة أن جمع خصي
هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصي والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعبادة
اليهود والنصارى) قيد بـ
لان في عبادة المجوس اختلافا
بين المشايخ رحيم الله فنهى
من قال لا بأس به لانهم من
أهل الذمة وهو لما روي عن
محمد رحمه الله ومنهم من
قال هم أبعد عن الاسلام
من اليهود والنصارى ألا ترى
أنه لا يباح ذبيحة المجوس
ونسكاحهم بخلاف اليهود
والنصارى واختلفوا في
عبادة الفاسق والاصح أنه
لا بأس به لانه مسلم والعبادة
من حقوق المسلمين وكلامه
واضح

(قال المصنف ولان الكافر
لا ينجس عن جنابة) أقول
هذا لا يخص المسجد الحرام
(قال المصنف والاية
محمولة على الحضور واستيلاء
واستعلاء) أقول أي على
منعهم أن يدخلوها
مستولين وعلى أهل الاسلام
مستعبلين وأيضا النهي
تكوينه لا تكليفه

وكذا الاولى لانه يوهبهم تعالى عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف
 رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان
 من دعائه اللهم اني أسألك بمعدن العزم من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وحده
 الاعلى وكلما تذكرك التامة ولكننا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع (ويكره أن يقول الرجل
 في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لاحق للخلق على الخلق قال (ويكره اللعب
 بالشرطي والزرود الاربعه عشر وكل لهو) لانه ان قام به فليس حرام بالنص وهو اسم لكل تقار
 وان لم يقام فهو عيب ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا ثلاث ناديه لغرسه ومناضله
 عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشرطي لمخافه من تشبهه بالخواطر
 وتذكيره الافهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله لانه قوله عليه السلام من لعب بالشرطي والزرديش
 فكأنما غرس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصعد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما
 لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو مبسر ثم ان قام به تسقط عدالته وان لم يقامه لا تسقط
 لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم
 عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته
 الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد
 ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه حين كان عبدا وقبل
 هدية برة رضي الله عنها وكانت مكتوبة وأجاب رط من الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى أبي أسيد
 وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجسد التأجير بدانها ومن ملك شيئا لك ما هو من ضروراته
 ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

(قوله لهو المؤمن باطل
 الا الثلاث) كذا بالاصل
 والمحفوظ الا في ثلاث اه
 مصححه

(قال المصنف لانه ان قام به
 فليس حرام بالنص وهو
 اسم لكل تقار وان لم يقام
 فهو عيب ولهو) أقول
 ولذلك لم يعز لو قال بامقاص
 لان أبي يوسف قال في رواية
 لا بأس باللعب بالشرطي
 كذا في المحيط السرخسي
 في باب التعزير وفي صحته
 التعليل كلام لا يخفى

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصي فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهبهم
 تعالى عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث
 تعلق صفته تعالى بشيء حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة له عدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز
 ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاله عزه ولا نقصانا
 فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصان فيه
 وبالجملة التعلقات الحادثة لمظاهر الصفات لا مباد لها فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب
 الكافي لانه يوهبهم تعالى عزه بالعرش وأن عزه حادث والعرضة القديمة حيث جعل لزوم كون عزه
 حادثا دخلا في حيز الایهام فتمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافي وان جعل لزوم كون عزه
 حادثا دخلا في حيز الایهام إلا أنه عاى الایهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهبهم تعالى
 عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعرضة القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به
 انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافي أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فسر بينه وبين ما قاله
 المصنف في ورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى في تقرير الدلائل أن يقال كما قاله صاحب
 الكافي وان لم يرد ذلك القائل قول صاحب الكافي لتعلقه بالمحدث فكيف يكون عزه حادث وان عزه حادث لتعلقه
 بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شيء يصلح ان يكون عزه له سواء وعن هذا ترى كل من بين وجه
 الكراهة في الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال في المحيط وأما باللفظ
 الاول فلانه يوهبهم تعالى عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث
 انتهى وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف في هذا الدعاء
 فانه يكره أيضا لانه يوهبهم تعالى عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عز لم يزل موصوفا

قال (ومن كان في بدو لقيط لأب له الخ) ذكر في النهاية ان قوله لأب له ليس بشرط لازم في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في مسنده انه ازوج هي عنده يعوانا واهلأب فوجهاه الم الرقيقت أو قبض اهلأبوا أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع ضعة قبض الزوج لواله أيام الأب لانهما كان نفعا محضاً كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجهه من وجهه الولاية ومن وجهه العول والنفقة ومن وجهه العتق والتميز فثبت أن عدم الأب ليس بالازم كما ذكره فخر الاسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون لتسل للانجاسة وقوله (وأجاره الصغار) في أكثر النسخ وهو رواية القدوري رحمه الله (٣٣٣) وفي بعضهم أوجارته الاطار وكلامه

قال (ومن كان في يده لقيط لأب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الرأية لا على كماله الامن هو ولي كالانكاح والشرء والبيع لاموال النسبة لان الولي هو الذي قام مقامه بابابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء مال للصغير منه وبيعه واجارة الاطآر وذلك جائز من يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والممتنط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي أولى به الا أنه لا يشترط في حق الولي أن يكون الهبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا على كماله الممتنط والاخ والعم والهبي بنفسه اذا كان يعقل لان الاثني بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فملك بالعقل والرأية والجور وصار بمنزلة الاتفاق قال (ولا يجوز للمتنط أن يؤجره ويجوز لادم أن تؤجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم) لان الام عمك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الممتنط والعم (ولو أجز الصبي نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الاذا فرغ من العمل) لان عنه ذلك تمحض نفعاً فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل رجل الرجل في عتق عبده الرأية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذي يمتعه من أن يحرك رأسه وهو معتادين الظلمة لانه عفو بذأهل النار فيكره كالأحراق بالنار (ولا يكره أن يقبده) لانه سنة المسلمين في السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقة وصيانة لماله قال (ولا بأس بالحقنة

بدون زوال موصوفاته انتهى الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام في هذا المقام ثم أقول في الجواب
عما أورد ذلك البعض الظاهر - رَأْن ماهر بواعنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالحدث اذ قد
تقرر في علم أصول الدين أن ظهور الحادث ثبات كلها و بروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق
ارادة الله تعالى وقد رتبته بذلك والحدوث انما هو في التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان في ذلك
أصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال في صفة عزه تعالى وانما مرادهم بظاهر بواعنه ايهام تعلق
عزه تعالى بالحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك الحادث مبدءا ومنشأ عزه تعالى كما يوهمه كلمة من في
قوله بعقد العزم من عرشك اذ الظاهر المتبادر من هنا في بادئ الرأي أن تكون لا ابتداء الغاية حتى قال بعضهم
ان جميع معاني من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالحدث على الوجه الخاص المذكور
غير متصور في عزه تعالى ولا في صفة من صفاته تعالى أصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه
لا ينبغي أن يخفى على أساطين الفقه ما تقرر في علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالحدوث
تعلقا فاضة ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما الحال تعلق صفة الله تعالى
بالحدث تعلق استفادة منه فهو المهر وب عن ايهامه فيما نحن فيه - بل اريب (قوله قال ومن كان في يده
لقبط لأب له فأنه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال في النهاية اعلم أن قوله لأب له ليس بشرط لازم

المغرب قالوا هذا كان في زمانهم عند قلة الابق اما في زماننا فلا بأس به لعلامة الابق خصوصا في الهمود

(قال المصنف ولا يجوز للمنفق أن يؤجره) أقول ذكر المصنف في باب اللقيط أن هذه الرواية هي الأصح وقال أكمل الدين يناقض قوله وأجارة الصغار ظاهر افتقارهم من جهة على الرواية بين ومنهم من غير لفظ الكتاب إلى لفظ الاطّار كما مر ومنهم من وفق بينهم ما حمل جواز اجارته على ما إذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه في النوع الذي فيه تعدد الضرورة وعدم جوازها على ما إذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة السكاكي أو نقول المراد بقوله وأجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز في كتاب اللقيط (قوله فالأول على رواية القدوري كما مر) أقول في كتاب اللقيط

وقوله (يريد التداوى) احتراز عما أراد به التسمين فإنه لا يباح وقوله وقد ورد بإباحته أى بإباحة التداوى الحديث قال صلى الله عليه وسلم تدأوا وعلمائنا. فإن الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والاصم بالنوكل محمول على التوكل عندنا كتب الاسباب ثم التوكل بعد على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بذراع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير ذكر كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله (١٣٦) وقوله (الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالجور وشبهه الا ان

الاستشفاء باغرم حرام) تيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضى الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغنى بالحلل عن الحرام ويجوز أن يقال تكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلل قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) اذا قلنا السلطان وجلا القضاء لا بأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لأن يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والأوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم لم يأكل مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في

يريد التداوى) لان التداوى مباح باجماع وقد ورد بإباحته الحديث ولا فرق بين الرجل والنساء الا أنه لا ينبغي أن يستعمل المحرم كالجور ونحوه لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وعومال بيت المال وهذا لان الجنس من أسباب النفقة كما في الرضى والمضارب اذا سافر عمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطاً فهو حرام لانه استنجار على الطاعة اذا القضاة طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي اذا كان فقيراً فالأفضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه إقامة فرض القضاء الا به اذا اشتغال بالكسب بقدره عن إقامته وان كان غنياً فالأفضل الامتناع على ما قيل رفقاً ببيت المال وقيل الاخذ وهو الأصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظر المان بولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا بعد إعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه في زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج شئ عنده يعولها ولها أب فوجب لها أنما لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقية الام الأب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجهه والولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه انعقل والتميز ثبت أن عدم الأب ليس بالازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الأب ليس بالازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاق وعمل ذلك كما هم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا لجواز قبض الهبة لها مع قيام الأب غير أن صاحب الكفاية والعناية ذكره بطريق النقل عن النهاية ومن عداها ما ذكره من عدم أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذا ثبت مما ذكره في كتاب الهبة انما هو أن عدم الأب ليس بالازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عند يعولها الا أن عدم الأب ليس بالازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض المنة الهبة أو الصدقة لاقط الذي في يد المتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الأب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلة بالامسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما ذهب الصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف لتقويض الأب أمور هذا المسئلة دلالة بخلاف ما قبل الزفاف وعليك مع حضرة الأب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجب لا يمكن لكونه الأبعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتقويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له أى لا أب له معروفة لأن لا يكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لا يكون الا كذلك لانه في الشرع مولود لطحرحه أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرار من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

زمن عمر رضى الله عنه فقيل انما رزقه من النى عوفيل من المال الذي أخذ من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس على قوله فالأول احتراز عما أراد به التسمين فإنه لا يباح أقول سبق من المصنف في فصل الوطاء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهرال الفاحش على ما روى عن أبي يوسف لانه أماره المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة بجمدة السمين بلا قصد التداوى وفيما سبق ليس كذلك

هجز وقوله (على اختلاف معروف في نفقة المرأة) يعني على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقي من السنة وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استجبت نفقة السنة فبات الزوج في نصف السنة ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافاً لأبي يوسف وقوله (ولابأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان في الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلظة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) إشارة الى ما ذكرنا من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلو بهما والمسافرة فقد قيل يباح كافي المحارم

﴿كتاب احياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسميى للخصب في أقوات الانام ومشر وعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضاً ممتة فهي له ومشر وطه ستذ كرفي أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كاهر غير مرة وحكمه تملك الهي ما أحياء

على اختلاف معروف في نفقة المرأة اذا ماتت في السنة بعد استيجال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولابأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لأن الجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمسن بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بهما

﴿كتاب احياء الموات﴾

لابأس ليس بشرط لازم في حق عند الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها او لها أب فوجب لها أن لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لها بقيام الأب وذلك لأن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضاً صحيح فان مداره الغفول عما تقرر في كتاب اللقيط من أنه اذا ادعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله ويثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الأب فيما اذا كانت صغيرة خروجه وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفي وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة في اللقيط لا في الصغار مطلقاً ولا معنى لحمل قوله لأب له في مسألة الجبايع الصغيرة على بيان الواقع بأن يكون المراد لأب له معروف لأن لا يكون له أب في الحياة لانه ان كان المراد لأب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيداً من اللفظ جدا الاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغوم الكلام في هذا المقام لا يليق بشأن الامام الرباني محمد ذلك الهام وان كان المراد لأب له معروف أصلاً أي لاجل الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بياناً للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مبول في الشرع كما هو ولا فرق بينه وبين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الأب كافي المولود من أمته فالحق عندي أن قوله لأب له قيد احترازي عن اللقيط الذي كان له أب حاضر فانه لا يجوز من كان في يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر في كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة عكك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الأب لتقويض الأب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرهما حيث لا يملك كونه لا بعد موت الأب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتقويض الأب ومع حضرة الأب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل في كاية قوله وكل من يعولها غيرهما فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التي كانت في يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

﴿كتاب احياء الموات﴾

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل قواهم المذكور وهذا ليس بشيء لانه نقل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه في الردعايم لم ليس بشيء لأن ما ذكره في ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكرناه من المناسبات بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضي ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لثابت بعض من المناسبات السابقة واللاحقة وليكن هذا المعنى على ذكر من ذلك فانه يتفعل في مواضع شتى

فان (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي) شبه ما لا ينتفع به من الاراضي لا يقطع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب

عاب لمعان أو ما سواه من ذلك

يحيى بفتح ياء قوله (فما
كان من الغنى) ليس المراد
ببعضه فبعضه فبعضه
من أن يكون منسوباً إلى
عالم لأن عالمه في كل شيء
أراضي الموات ولكن مراده
ما قدم من قوله (أو كان مما لا يملك
الاسلام لا يعرف له مالك
بعبارة) قوله بعض المشايخ
رجحتم الله وقال بعضهم
الاراضي المملوكة اذا
انقضت أديا أقوى كالتقنة
وقوله (واذا لم يعرف
مالك) من تقنة قول محمد
رحمه الله وقوله (في دار
الحكم عليه) أي على القرب
مراجعة حكم يفهم من
قوله قريباً وقوله (ثم من
أحياء) واضح

(قال المصنف الموات
ما لا ينتفع به من الاراضي)
أقول تعريف بالاعم
لصدقه على ماله مالك معروف
لكن لا ينتفع به لأحد
الأمور المذكورة ولكن أن
تقول هذا تفسير المعنى
الغوى (قال المصنف
ومعنى العادي ما قدم من قوله)
أقول لأن يكون منسوباً
إلى عادوينسب كل أثر قدیم
اليهم لتقدمهم قال عليه
السلام والسلام عادي

أقول (الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا يقطع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة)
أي ذلك الموات لا ينتفع به (فإن كان من عادياً لا مالك له أو كان مما لا يملك في الاسلام لا يعرف له مالك)
فما أشبهه وهو غير بعيد من القرية بحيث إذا وقف إنسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت
فيه فهو موات (قال رضي الله عنه هكذا ذكره أبو داود ومعه في العادي ما قدم من قوله) والمراد من
شدة رجحه أنه لا يشترط أن لا يكون على مسلم بل أودى مع انقطاع الارتفاق به ما يكون ميتة مللنا
فما التي هي غير كذا مسلم بل أودى لا تكون مواتاً وإذا لم يعرف مالكه يكون لمصلحة المسلمين ولو ظهر له
مالك يرد عليه ويضمن الزارع فخصها بالمرءية وعلى ما قال شرطه أبو يوسف لأن الظاهر
أن ما يكون قريباً من القرية لا يقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه وشدة رجحه الله اعتبر انقطاع
ارتفاق أهل القرية عنه حقيقة وإن كان قريباً من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواتم زائد
رحمه الله وخمس الأئمة السرخسي رحمه الله اعتد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياء ياذن
الامام ملكه) وإن أحياء بغير إذن لم يملكه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال مالك (لعله)
أحياء أرضاً ميتة فهي له ولأنه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الخطب والميد ولا يبي حنيفة رحمه
الله قوله عليه السلام ليس للارء الاما طابت نفس امامه به

(قوله الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لا يقطع الماء عنه أو غلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع
الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لا يمكن لا ينتفع به
لأحد الامور المذكورة ولكن أن تقول هذا تفسير المعنى الغوى انتهى أقول توجيه الذي ذكره بقوله
ولأن تقول إلى آخره ليس بتمام فارقيد أن لا يكون له مالك معتبر في معناه الغوى أيضاً قال في الصحاح
والموات بالفتح ما لا روح فيه والموات أيضاً الأرض التي لا مال لها من الأديمين ولا ينتفع بها أحد انتهى
وقال في القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب ما لا روح فيه وأرض لا مال لها انتهى فعلى تقدير
أن يحصل ما في الكتاب على تفسير المعنى الغوى يكون تفسير بالاعم أيضاً لا يقال أصل المعنى الغوى
للموات ما لا روح فيه والذي ذكره في الصحاح والقاموس نانيا هو معناه العرفي أو الشرعي فلم يكن قيداً أن
لا يكون له مالك معتبر في معناه الغوى لأننا نقول الظاهر المتبادر من أن يذ كر معنى اللفظ في كتب اللغة
بلاضافة إلى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه الغوى سيما من قيد أيضاً في قوله في الصحاح
والموات أيضاً الأرض التي لا مال لها وإن لم يكن الاخر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه الغوى هو الذي
ذكر أولاً فلا شك أن ما لا روح فيه أهم من الأرض التي لا ينتفع بها بل من مطلق الأرض فعلى تقدير أن
يحصل ما في الكتاب على تعريف المعنى الغوى يكون تعريف بالاعم وهو ليس بأقل فحاشا من التعريف
بالاعم وبهذا الذي ذكرنا يظهر أنه يشك أيضاً ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية في شرح
هذا المقام حيث قال قوله الموات ما لا ينتفع به من الأرض تحد بد لغوى وزيد عليه في الشرع أشياء
أخر بيانه في قوله فما كان عادياً لا مالك له أو كان مما لا يملك في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد
من القرية بحيث إذا وقف إنسان في أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تحف
(قوله ولا يبي حنيفة قوله عليه السلام ليس للارء الاما طابت نفس امامه به) أقول أقائل أن يقول إن اعتبر
عموم حد الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيئاً من الاملاك بغير إذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن
كل أحد يستقبل في المالك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

الارض لله رسول الله ثم هو بعد مني لكم روادع عيدين منصور وأبو عبيدة كذا في شرح الكاكي وفي كلامه تنقض
ظاهره والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوباً إلى عادينسب المملكية (قوله فيدار الحكم عليه أي على القرب) أقول أي القرب
مراجعة لتقدير عليه حكاه أي أي من كور حكمة لا نفاه من قوله قريباً كقوله تعالى اعدوا له أو اقرب للتقوى

والآخر اذن بالشرع فالاول
كقوله صلى الله عليه وسلم
من تاء أو رعى في صلته
فلم ينصرف والاخر كقوله
صلى الله عليه وسلم من قتل
قتيلا فله سلبه أى للإمام
أن يأذن للغازي بهذا القول
فكان ذلك منه عليه

السلاة والسلام اذنا لقوم
معينين فيجوز أن يكون
قوله عليه الصلاة والسلام
من أحيا أرضا ما فهمى
له من ذلك القبيل وحاصله
أن ذلك يحتمل التأويل
وما ذكره أبو حنيفة
رحمه الله مفسر لا يقبله
فكان راجحا وفيه وجه آخر
وهو أن قوله عليه الصلاة
والسلام من أحيا أرضا مميته

فهى له يدل على السبب
فإن الحكم اذا ترتب على
مشتق دل على عليه المشتق
منه لذلك الحكم وليس فيه
ما يمنع كونه مشروطا
بأذن الامام وقوله عليه
الصلاة والسلام ليس للمرء
الاماطا بت به نفس امامه
يدل على ذلك وقوله
(والاصح أن الاول ينزعها
من الثاني) بيانه أن المشايخ
رحمهم الله اختلفوا في أن
احياء الموات يثبت ملك
الاستغلال أو ملك الرقبة
فذهب بعضهم منهم الفقيه
أبو القاسم أحمد البخني
رحمه الله الى الاول قياسا
على من جلس في موضع

ومارواه بحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولأنه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بإيجاف الخيل والركاب
فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كافي سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف
الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه ماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو
أحيها ثم تركها فزرها غير فقد قيل الثاني أحق به الا ان الاول ملك استغلاله لارقبته فاذا تركها كان
الثاني أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ
الاضافة فيه بلام التملك وملكه لا يزول بالترك ومن أحيا أرضا مميته ثم أحاط بالاحياء بجوانبها الاربعة
من أربعة نفر على التعاقب فمن محمدان طريق الاول في الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وإن لم يعتبر عموميه لانيتم المطالب ههنا فان قلت عموميه غير معتبر بل هو مختص
بما يحتاج فيه الى رأى الامام وما ذكرنا من أسباب الملك لا يحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف ما نحن فيه
قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطالب
(قوله ومارواه بحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات على نوعين أحدهما نصب
الشرع والاخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من تاء أو رعى في صلته فلم ينصرف والاخر
كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أى للإمام أن يأذن للغازي بهذا القول فكان ذلك من
النبي صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتجرىضا على القتال لانصب لشرع فكذلك في يومنا هذا من قتل
قتيلا لا يكون سلبه له الا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا مميته فهى له
من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وما ذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لا يقبل
التأويل فكان راجحا كذا في العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الخطب
والخشيش ومارواه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ساذ كر لبيان أنه لا يجوز الاقتيات على رأى الامام
والخطب والخشيش لا يحتاج فيه الى رأى الامام فلم يتناولها عموم الحديث فلم يصرف خصوصها والارض
مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بإيجاف الخيل وايضا الركاب كسائر الاموال
فكان ما قلنا أولى انتهى واقتضى أثره صاحب الكفاية والعيني أقول كل من السؤال والجواب ليس
بسد يد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الخطب والخشيش انما يقتضى كون العمل بمارواه
أولى لتكونه عام لا يخص أن لو خص الخطب والخشيش بمارواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص
منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف في علم الاصول وأما اذا خص الخطب والخشيش من ذلك بما هو مفصول
عنه فلا يلزم أولية العمل بمارواه اذ يصير العام حينئذ منسوخا في القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا
في الباقي كسائر القطعيات كما نقرر في علم الاصول أيضا ولا شك أن تخصيص الخطب والخشيش بمارواه
ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر يفصل عنه وأما الثاني فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه
الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان في الارض الموات فبغناء الجواب عليه يؤدى الى المصادرة
فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونهما من
الغنائم دليل آخر عقلى لا يوجب حنيفة مذكور في الكتاب بعده والكلام الآن في عشمية الدليل النقلى
قبالمصير الى ذلك الدليل العقلى ههنا يلزم خلط الدليلين ولا يخفى ما فيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء
توظيف الخراج على المسلم لا يجوز) أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه سيجى في الكتاب أن المسلم والذمى
مستويان في حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتشى في حق المسلم دون الذمى فتأمل
(قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه
بلام التملك وملكه لا يزول بالترك) قال في العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله فحقه نظر لانه حمله على كونه اذا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان
 انما لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا لا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينهم انظر قد)
 له حين سكت عن الاول والثاني والثالث والباقي طريقا فاذن احياءه الرابع فقد احياءه بقرينة من حيث المعنى فيكون له فيه طريق
 قال (وحيث انى بالحياء) المسلم (١٣٨) والشرع في ذلك ما احياءه سواء الاستواء ما في السبب والاستواء

لتعينهم انظر قد رخصه الرابع ابطال حقه قال (ويؤيد الذي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان
 الاحياء سبب الملك الا ان عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه قيدان فيه كقاي
 اسائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلها قال (ومن جبر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها
 الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر
 أو الخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره لتحصيله قصود ولان التجبير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء
 انما هو المارة والتجبير الاعمال مسمى به لانهم كذا يعلمونه بوضع الاجار حوله أو يعاونه تجر غيرهم
 عن احيائه فيبقى غير مشكوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه
 ليس للتجبر

مذهبنا الصحيح وأما على مذهب أبي حنيفة فحقه نظر لانه حمله على كونه اذا لا شرعا فكيف يصح
 الاستدلال به والجواب انه وان كان اذا لا لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا لا يرى أن من قال له الامام من
 قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث
 فينبغي ما فرق لوجود ذلك التعليل في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ
 التعليل انتهى أقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التعليل مذكورة في كل من الحديثين الثواردين في
 المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التعليل شرطا في اذن الامام في أحد المقامين
 دون الآخر تحكم ببحث لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن جبر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها
 الامام ودفعها الى غيره) والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون التجبير مقيدا للملك منهم من قال يفيد
 ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار للمصنف أشار اليه بقوله هو الصحيح قيل
 وثمره الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياء فانه ملكه على الثاني ولم يملكه
 على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس للتجبر حق بعد ثلاث سنين ففي الحق بعد ثلاث
 سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه
 الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العناية
 وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خبير بأن المصنف استدلال على الترك ثلاث سنين
 بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم
 يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين
 لقول عمر رضي الله عنه ليس للتجبر بعد ثلاث سنين حق فان حاصره الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور
 على ثبوت حق التجبر قبل ثلاث سنين اذ هو مقتضى اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورد على أن
 استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب
 المسرور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج
 فاذا لم يحصل يدفعه الى غيره لتحصيله للقصود) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لا يقتضي أن يأخذها

في السبب وجوب المستور
 في الحكم كما في سائر
 أسباب الملك حتى لا يمتنع
 اذن انك قد رخصت مال المسلم
 بالاستيلاء على اصلها
 كالمسلمين (قوله ومن جبر
 أرضا) يجوز أن يكون
 من تجر بفتح الجيم ومكونه
 ومعنى الاول أنه لم يوضع
 الاجار حوله لانهم كانوا
 يفعلون ذلك ومعنى الثاني
 أعلم بجبر الغير عن احيائها
 فكان التجبير هو الاعلام
 فاذا جبر أرضا ولم يعمرها
 ثلاث سنين أخذها الامام
 ودفعها الى غيره والاصل
 في ذلك أن المشايخ رخصهم
 الله اختلفوا في كونه
 مقيدا للملك فذهب من قال
 يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث
 سنين وقيل لا يفيد وهو
 مختار للمصنف رحمه الله
 أشار اليه بقوله (هو
 الصحيح) قيل وثمره الخلاف
 تظهر فيما اذا جاء انسان
 آخر قبل مضي ثلاث سنين
 وأحياء فانه ملكه على
 الثاني ولم يملكه على الاول
 وجه الاول ما روي عن

عمر رضي الله عنه ليس للتجبر

بعد

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة فحقه نظر لانه حمله على كونه اذا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب انه وان كان
 في ايراد السؤال (قوله لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا لا يرى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله) أقول
 فيه بحث فينبغي ما فرق لوجود ذلك التعليل في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التعليل

حق بعد ثلاث سنين في الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكره في الكتاب والجواب عن استدلالهم (١٣٩) ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو ما بيني للسيل ليرد الماء وقوله (وفي الاخير) يريد حفر البئر (ورد الخبز) وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعني عند محمد رحمه الله (أو دلالة) عند أبي يوسف رحمه الله وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لا يجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أي أعطاه إياها وخصه بها وقوله (لماذا كرنا) اشارة الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجوانب) يعني يكون في كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والخمسة أنه من كل جانب لان المقصود من الحریم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كي لا

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه و زمان يبي أمور فيه ثم زمان يرجع فيه الى ما يحجره فقد رناه بثلاث سنين لان مادونهم من الساعات والايام والشهور والايام بذلك واذا لم يحضر بعد انقضاء ما فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كاه ديانة فأما اذا أحياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها التحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيلاء فانه يكره ولو فعل بجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الخبز بأن غرز حولها أغصانا يابسة أو نقي الارض وأحرق ما فيها من الشوك أو خضد ما فيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة لينعج الناس من الدخول أو حفر من بئر ذراعا أو ذراعين وفي الاخير ورد الخبز ولو كره ما وسقاها فعن محمد أنه أحياها ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو حفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الأنهار كان أحياها لوجود الفعاليين ولو حوطها أو سنها بحيث يعصم الماء يكون أحياها لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولا يجوز أحياها ما قرب من العاصر ويترك صرعى لأهل القرية ومطر حالصا ندهم) لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه فلا يكون موانا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز للامام أن يقطع ما لا غنى بالمسلمين عنه كالحلج والآبار التي يستقي الناس منها الماء كزنا قال (ومن حفر بئرا في بيرة فله حريمها) ومعناه اذا حفر في أرض موات باذن الامام عنده أو باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر أحياها قال (فان كانت للعطن حريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا عطنا لما شئت ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيل المنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالنصرف فيها من الغير والامام لا يقدر أن يدفع مملوكا أحدا الى غيره لا تنفاد المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليه لذلك قلت فيمنع ذلك المصير الى التعطيل الثاني الذي ذكره بقوله ولان التحجير ليس بأحياها لملكه فلا يكون التعطيل الاول مفيدا للمدعي بدون الثاني مع أن أسلوب تحريمه بأبي ذلك كما ترى (قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة على ما بيناه) قال عامة الشراح في حل هذا التعطيل لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أي عند محمد رحمه الله أو دلالة أي عند أبي يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على ما بيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العيني أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح في حلهم مراد المصنف بقوله على ما بيناه على ما ذكرنا واذا الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ما ذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا يقطع ارتفاع أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاع أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهت اذ يصير قوله على ما بيناه حينئذ ناظر الى مجموع قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة أو دلالة فيحسن وأما على ما ذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظر الى قوله لتحقيق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولا يخفى ما فيه من الركاكة أما أولا فلانه كان ينبغي أن يقال أن يقدم قوله على ما بيناه على قوله أو دلالة كالا يشبهه على ذي فطرة سليمة وأما ثانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقتصر حواله البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لا ضرورة فيه بل لا وجه له

يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب يقيين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدلى على الترتيب ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع

فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة وفى مقدار أربع ذراعا من كل جانب يتقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله مارويانا)
يريد به قوله عليه السلام من حفر بئر اقله مما حوله أربعون ذراعا من غير فصل يعنى بين العطن والناضح واعتبر من أنه متيسر
بقوله عطاء بن السائب فيكون فصل (١٠ +) بين العطن والناضح وأجيب بأن ذكر ذلك المثل للتعليق لا للتقسيم

لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها (وان كانت للناضح حريم يستون ذراعا وهذا
عندما وعند أى خنيفة أربعون ذراعا) له ما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع
وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير ذراعه
للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه يمد فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله
مارويانا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله
والعمل به ولان القياس بأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق عليه
الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه

(قوله لان فى الاراضى رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء
بالبناء لان سبب تحول الماء الى ما حفر دون الناضح ورخوة الاراضى لا غير اذ لو كانت فيها اصلا لم يتحول
الماء الى ما حفر دونها فطعنا فلا بد من أداة التفرج ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليق تعليل
فى مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئر اقله مما حوله أربعون ذراعا ظاهر فى
كون الاربعين من كل الجانب الاربع على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به فى
الكافى وعامة الشروح وقد تقرر فى علم الاصول أن التعليق فى مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم
الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر
عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب
لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان ما ل هذا التعليق هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج
وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى الى الحرج ورشدك اليه تقرر صاحب الكافى فهنا حيث
قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول
لكي لا يتحفر أحد فى حريمه بئر أخرى فيتحول اليها ماء بئر وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل
جانب فان الاراضى تختلف صلابه ورخاوة فربما يحفر بئر أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه
فيتعطل عليه منفعة بئر وفي مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى
فتدبر (قوله وله مارويانا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى
قبوله والعمل به) يريد بقوله مارويانا قوله عليه السلام من حفر بئر اقله مما حوله أربعون ذراعا وقوله من
غير فصل أى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من
حفر بئر اقله مما حوله أربعون ذراعا وقوله أولى عنده أى عند أى خنيفة رجه الله ويريد بالخاص المختلف
فى قبوله والعمل به حديث الزهري وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم
بئر الناضح ستون ذراعا كذا فى العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أى خنيفة منقوض
بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سأتقى مع أن مارواه من قوله عليه السلام
من حفر بئر اقله مما حوله أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به
أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل
فى الفرق (قوله ولان القياس بأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به فقيما اتفق
عليه الحديثان تركناه وفيما تعارض فيه حفظناه) يعنى أن الحديثين اتفقا فى الاربعين فتركنا التباين

فان الغالب فى اقتناع
البارى فى المسائل هذا
التسري فيكون ذكر
العطن ذكرنا لجميع
الاقتضات كفى قوله تعالى
وذروا البيع قيد بالبيع
لما أن الغالب فى ذلك اليوم
البيع وكذلك قوله تعالى
ان الذين يأكلون أموال
اليتامى ظلما والوعيد ليس
بمخصوص بالا كل ولكن
الغالب من أمره الا كل
فأخرج على ما عليه
الغالب والدليل على ذلك
ماروى أبو يوسف رحمه الله
قال حدثنا أشعث بن
سوار عن الشعبي أنه قال
حريم البئر أربعون ذراعا
من ههنا وههنا وههنا
وههنا لا يدخل عليه أحد
فى حريمه وفى مائه وقوله
(والعام المتفق على قبوله
والعمل به) يريد بقوله عليه
الصلاة والسلام من حفر
بئر لان كلمة من تفيد
العموم (أولى عنده) أى
عند أى خنيفة رجه الله
(من الخاص المختلف فى
قبوله والعمل به) يريد به
حديث الزهري حريم العين
خمسمائة ذراع وحريم البئر
العطن أربعون ذراعا
وحريم بئر الناضح ستون

ذراعا ورد عموم الاول بان معناه من حفر بئر العطن قوله مما حوله أربعون ذراعا وهو خاص
بالعطن كما ترى وأجيب بأن عطاء ليس صفة له شرحتى يكون محصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى
القياس فانه بأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر فى موضع الحفر واستحقاقه بالعمل فى موضع الحفر استحقاقه لكن ان تركناه

فيجب المصير الى ما بعده
وهو التماس من غلظاد وقوله
لما روينا شارة الى قوله
عليه السلام المارون والاسلام
شرح العين جسمانية ذراع
وقوله (والذراع هي المكسرة)
يعني أن يكون متب
قبضات وغود ذراع العامة
وانما وصفت بذلك لانها
نقصت عن ذراع الملك
وهو بعض الا كسرة بقبضة
وقوله (لما بينا) اشارة الى
ما ذكره في كتاب الطهارة
من قوله بذراع الكرباس
توسعة على الناس فانها
هي المكسرة قال (فن
أراد أن يحفر في حرعها يمنع
منه) كلامه واضح وقوله
(أن يطمه) أي يصلحه
ويكبسه من باب أعجنى
زيد وكرمه في كون
لعطف للتفسير فان اصلاحه
كبسه قوله (وذ كر طريقة
معرفة النقصان) وهو أن
يقوم الاولى قبل حفر
الثانية وبعده فيضمن
نقصان ما بينهما والقناة
يجري الماء تحت الارض
تسمى بالفارسية كاري

(قوله اشارة الى ما ذكره في
كتاب الطهارة) أقول في باب
الماء الذي يجوز به الوضوء
وفيه رد على الصلابة
الكاكي حيث قال في شرح
قوله وقد بينا أن الوجه
في أن الجسمانية تعسب
من كل جانب ولكن لم
يدكر بيان الذراع انتهى فتأمل

ولأن قد يستقي من العطن بالناضج ومن بئر الناضج باليد فاستوت الحاجة فيه او يمكنه أن يدير البعير
سوى البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عيننا حرجية الجسمانية ذراع) لما روينا ولأن
الحاجة فيه الى زيادة مسافة لأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من مرضع ينثر فيه الماء ومن سرحن
يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة فلا بد من زيادة التدبير بجسمانية بالتوقيف
والاصح أنه جسمانية ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بينا من قبل وقيل
أن التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضينهما في أراضينهما خاوة فيراد كي لا يتحول الماء
الى الثاني فيتعطل الاول قال (فن أراد أن يحفر في حرعها يمنع منه) كي لا يؤدي الى تفويت حقه
والاخلال به وهذا لأنه بالحفر ملك الحرع ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغیره أن يتصرف في
ملكه فان احتفر آخر بئر في حرع الاولى لا بد أن يصلحه ويكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثاني فيه
قبله أن يأخذه بكبسه لان ازالة بطنية حفره به كافي الكفاية ببقية في دار غيره فانه يؤخذ برفعه
وقيل يضمم النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضي
للنصافي وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعدان كان باذن
الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لا يبيح في الحفر تحجير او هو بسبيل
منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا التقدير وفيما وراء الاربعين تعارضان العام ينفيه والخاص يثبتته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في
شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الداليل انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما
رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر
فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفي ما وراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم
انه ينفي ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبت به بطريق العبارة وقد تقر في علم الاصول
ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به وترك
القياس لظهور أن ترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر
القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعني به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور
مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتنى أثره صاحب الكفاية والشارح
العيني أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما هنا صورة التعارض التي لا تناقض رجحان
أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارض فيه حقه ظنا ولم اصح قولهم في شرح ذلك وفيما
وراء الاربعين تعارض فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض
بان يتساوى في القوة ولم يوجد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب
العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب
أن يقال مدار هذا الدليل على النزول عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من
الخاص المختلف في قبوله يعني لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارض فيه
وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولأنه قد يستقي
من بئر العطن بالناضج ومن بئر الناضج باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا
لانهم صرحوا بأن المراد من بئر العطن ما يستقي منه باليد ومن بئر الناضج ما يستقي منه بالبعير فكيف يتم
أن يقال قد يستقي من بئر العطن بالناضج ومن بئر الناضج باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندره فكيف
يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضينهما اصلاحا
بما روي في أراضينهما خاوة فيراد كي لا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول) أقول فيه اشكال اذا المقادير

وقوله (بمورد الحديث) يريد به ما روي أن رجلا غرس شجرة في أرض فبذلت فبأ آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجانب شجرته فشكى صاحب الشجرة الأولى إلى النبي صلى الله عليه وسلم ففعل له النبي عليه الصلاة والسلام من الحرم خمسة أذرع وأطلق للأخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه (قوله ومن كان نهري أرض غيره) ذكر في شرح الطحاوي لأن نهرا الرجل وأرضه على شاطئ النهر لا آخر فتنازع في المسألة فإن كان بين الأرض وبين النهر حائل كالحائط وشجرة فالمسألة لصاحب الأرض بالأجاء وإن لم يكن بينهما حائل (١٤٣) قال أبو حنيفة رحمه الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الأرض ولصاحب النهر فيما أحق حتى أن

وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وإن حفر الثاني بئر وراء حريم الأولى فذهب ماء البئر الأولى فلا شيء عليه لأنه غير متعد في حفره وإنما الثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الحافر الأول فيه (والقناعة الحريم بقدر ما يصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعند لا حريم لهما ما لم يظهر الماء على الأرض لأنه نهري في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر فالواو عند ظهور الماء على الأرض هو بمنزلة عين فؤارة فيقدر حريمه بمخمسة أذرع (والشجرة تغرس في أرض موات إما حريم أيضا حتى لم يكن لغیره أن يغرس شجرة في حريمها) لأنه يحتاج إلى حريم له بمخمسه ثم يوضع فيه وهو مقدر بمخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وما ترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عودته إليه لم يجز أحيائه) الحاجة العامة إلى كونه نهرا (وإن كان لا يجوز أن يعود إليه فهو كالموات إذا لم يكن حريم العامر) لأنه ليس في ملك أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في هذا الامام قال (ومن كان نهري أرض غيره فليس له حريم عند أبي حنيفة إلا أن يقيم بينة على ذلك وقاله مسأله النهر يمتد إلى ما يلي عليه طينه) قيل هذه المسألة بناء على أن من حفر نهرا في أرض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما ما يستحقه لان النهر لا يتبع به إلا بالحريم لحاجته إلى المشي لتسهيل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر وإلى القاء الطين ولا يمكنه النقل إلى مكان بعيد إلا بهرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس بإياه على ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالآخر والحاجة إلى الحريم فيه فوقها إليه في النهر لان الارتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الاتحاق ووجه البناء بان استحقاق الحريم ثبت اليد عليه اعتبارا بالنهر والقول لصاحب اليد وعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الأرض على ما ذكرناه أن شاء الله تعالى وإن كانت مسألة مبتدأة فليعلم أن الحريم في يد صاحب النهر باسمه كالماء له وإلهذا لا يعاك صاحب الأرض نقضه

صاحب الأرض إذا أراد رفعها أي هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المسألة لصاحب النهر وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج إلى كره في كل حين أما الأنهار الصغيرة التي يحتاج إلى كرهها في كل وقت فليها حريم بالاتفاق هكذا ذكره في النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعني بجامع الاستياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهي موجودة في النهر كهي في البئر والعين فيتعدي الحكم منهما إليه (وله أن القياس بإياه على ما ذكرناه) يعني قوله ولان القياس بأبي استحقاق الحريم إلى آخره وفي البئر عرفناه بالآخر فكان الحكم معدولا به عن القياس في الاصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة إلى الحريم

لا مدخل فيه للرأي أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرح جوابه وانفقوا عليه والذي ثبت بالنص فيما نحن فيه ما ذكره فيما قبل لا غير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأي فيما هو من المقادير وهو لا يجوز فليست أميل في الدفع (قوله وما عطف في الثانية ففقه الضمان لأنه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره) أقول في التعليل قصور لأنه لا يمتشي فيما إذا حفر الأول بغير اذن الامام على أصل أي حنيفة قال يجعل الحفر هناك تحجيرا كما هو آتفا ويجوز التحجير لا نصير البئر الأولى ولا حريمها ملكا للبحر فلا يصدق هناك على أصله أن يقال ان الثاني حفر في ملك غيره فالأولى في التعليل أن يقال لأنه متعد فيه حيث حفر في حق غيره إذ لا شك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالأحياء وليلهذا لا يقدر الامام أن يأخذ حريم

فيه) أي في البئر جواب عما يقال من أنه على خلاف القياس فليحق به بالدلالة ووجهه أن الاتحاق بالدلالة وله أنما يكون للأعلى بالأدنى أو المساوي والأمر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة إلى الحريم فيه أي في البئر بمعنى القلب فوق الحاجة إليه في النهر لان الارتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر إلا بالاستقاء ولا استقاء إلا بالحريم فتعذر الاتحاق وقوله (وجه البناء إلى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه إلى آخره) من جهة أبي حنيفة رحمه الله

(قال المصنف والقناعة حريم بقدر ما يصلحها) أقول وفي غاية البيان تفصيل حسن في هذا المقام فراجع (قال المصنف لان الارتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم) أقول لأنه يلحقه بعض الخرج في نقل الطين والمشي في وسطه

الحريم من الارض لا الاستواء في الارضية (قوله هو الموعد بقوله على ما نذر كره) أقول
وله أنه أشبه بالارض (قال المصنف وغرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذا لايظهر كون ما ذكره
العكس

بجوابه بل الموعود قد سوله
لما تقدمه بل لا يبعد أن يدعى

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه (١) لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة اصلها شفعية اذ فلت الهاء تنقيتها والمراد بها هنا الشرب بالشفاء ويصحون نهر شرارهم ويصحون نهر التردود جله شهر

وانت اثبت في قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث ان الفصح في الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤث نظر الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة والسلام من سام رمضان وأتبعه من ثبوت من شوال الحديث الصوم انما يتحقق في الايام لافي الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنشئه وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحه في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والابار والانهار وأما الكلا وهو ما لا ساق له فاما ان ينبت في أرض شخص أو أنبت فيه بركرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحد الادخل ملكه الا بانه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو ياذن له بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فكن أو قد نارا في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وما يتجفيف الشاي وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظر الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كاه لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

فصل في المياه (٢) واذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من أراد أن يسكّر نهر ما من الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بها الجبر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء الادوية العظام كيجون ويصحون ورجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان احيا واحد أرضا ميتة وكري منه نهر ليس فيها حق الا بضر بالعامه ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامه فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحي عليه لان شق النهر للرحي كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها موضع الاحراز ولا يملك المباح بدونه كالغلبى اذا تنكس في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استحباب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه انفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقي بذلك أرضا أحياءها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضربهم أو لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولا نالوا أبجنا ذلك لانقطع منقعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ماروينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصا بالم تقطع به

فصل في مسائل الشرب

فصل في المياه (٣) لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في النروح أقول بردي على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان الاثنى تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصلاته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لاحالة وانعامه مقصود الشراح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقيق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكره (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ماروينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوى نصا بالم تقطع به) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كاه لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة

بشيئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب لاكتسب وأما النار فكن أو قد نارا في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاح وما يتجفيف الشاي وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرز الموقد ليس مما ثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظر الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كاه لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق

الذي خلق لكم الآية ولا يلزم

بالعمل به ابطال الكتاب
بخلاف قوله تعالى هو
الذي خلق لكم فان العمل
به على الاطلاق يبطل
قوله تعالى الزانية
والزاني والسارق والسارقة
وغير ذلك فدل على أن
المراد به غير ما دل عليه
الخصوصيات وقوله وقيل
له أن يمنع اعتبارا بسبق
المزارع والمشارذ كرفي
المبسوط وأكثريهم على
أنه أن يمنع في مثل
هذه الصور لان الشفة

مالا يضر بصاحب النهر
والبئر فأما ما يضر
ويقطع فله أن يمنع ذلك
وقوله ولهم أن يأخذوا
منه أي من الجدول

الصغير علم من وضع
المسئلة فيه وقوله في
الصحيح اشارة الى اختلاف
المشايخ رحمه الله فان
منهم من قال لا يأخذون
الماء منه للوضوء وغسل
التياب لان الشربة
ثبتت في حق الشربة
لاغير والصحيح جوازه
دفعاً للخرج وقوله
ذلك في الاصح احترار
عن قول بعض المتأخرين
من أئمة بلخ اذا قالوا ليس
له ذلك الا باذن صاحب
النهر عما ينظر الحديث
وقوله (لان الماء متى

ولو كان البئر والعين أو الحوض أو النهر في ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا
كان يمداهما آخر يقرب من هذا الماء في غير ملك أحد وان كان لا يجب يقال لصاحب النهر اما أن تعطيه
الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر شفته وهذا مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما
اذا احتقر في أرض مملوكة له أما اذا احتقرها في أرض موات فليس له أن يمنع لان الموات كان مشتركاً
والحفر لأحياء حق مشترك فلا يقطع الشربة في الشفة ولو منع عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره
العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف
الماء المحرز في الأناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة الخمصة وقيل في
البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة
اذا كان يأتي على الماء كله بان كان جداولاً صغيراً وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة يقطع الماء بشربها
فيل لا يمنع منه لان الابل لا ترد في كل وقت فصارت كالجمجمة وهو سبيل في قسمة الشربة وقيل له
أن يمنع اعتبارا بسبق المزارع والمشارذ والجامع تقويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء
وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الخرج وهو مدفوع وان
أراد أن يسبق تجبر أو خضر في داره جلا يجبره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويمدون
المنع من الدناءة وليس له أن يسبق أرضه ويخذه وشجره من نهر هذا الرجل وبئر وفنائه الا باذنه نصاً
وله أن يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انتطعت شربة الشرب بواحدة لان في ابقائه
قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والشفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التيسيل فيه
ولا شق الشفة فان أذن له صاحبه في ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فتجوز فيه الاباحة كلما المحرز
في انائه

بهذا الطريق وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض
جميعاً ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً فان
العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزاني والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد
غير ما دل عليه الخصوصيات كذا في العناية أقول في هذا الجواب نظراً لانه وان لم يلزم بالعمل
بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعي آخر فاتهم حكوا بان الماء المحرز في الاواني
يصير مملوكاً بالاحراز ويقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعي لا بدله من دليل شرعي لا محالة فلو
عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في
الاواني ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور
غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعي الدال على أن الماء المحرز في الاواني ملك مخصوص لمحرزه
كما قيل في الآية المذكورة فينبغي أن لا يورث شبهة فمما لو سرق انسان ماء محرز في الاواني كما
لا تورثها الآية المذكورة فالحق في الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث
قال فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق نظراً الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعاً
قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاتحاد كما في قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله
تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجبوزال ذلك على الاربع فكذلك معنى الآية والله أعلم خلق
لكل واحد منكم ما وقع في يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس
عالمه اه

فصل في كرى الانهار (١٤٦)
 لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة
 الكرى أمرا رائدا على النهر اذا تهرير جديدون مؤنة الكرى كأنهم العام أخذ كره ووجه المصنف في السلسلة ظاهر لان النهر اما
 ان يكون تاما من كل وجه فانه كذا (١٤٦) أو اما من وجه خاص من وجه اما الاول فكل نهرات وبعدها

فصل في كرى الانهار (١٤٦)
 قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة ثم رغب عن الاول لانه لم يدخل ما ولى
 التام بعد كذا فقرات ونحوه ونهر ثلوث دخل ما ولى في القسمة الا انعام ونهر ثلوث دخل ما ولى في القسمة
 وفوقها من القاصل بينهم ما استحقاق الشفة وعدمه فالاول كره على السلطان من بيت مال المسلمين
 لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليهم مؤنة الخراج واجز بدون العشر
 وانصدقات لان الثاني فقرا والاول للثواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يصير الناس على
 كرهه احيا لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضى الله عنه لو ركبتم لبعتم اولادكم
 الا ان يخرج لهم من كان يطبقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطبقونه بانفسهم واما الثاني فذكر به
 على اذله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخصوص ومن أي منهم يصير
 على كرهه دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو
 أرادوا ان يحسنوه خيفة الانشقاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق فيجبر الابي والافلاان
 مودوم بخلاف الكرى لانه معازم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه ذكر به على اهل الماشيئة قبل
 يجبر الابي كافي الثاني وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على
 الابي بما اتفقوا فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجهةان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا
 امتنعوا جميعا

وجديدون وبعدها وأما
 الاشران فتدفعه
 المصنف وجه الله بينهم
 باستحقاق الشفة وقد
 تقدم ذلك في قوله (الذاتة
 يخرج له) أي الكرى من
 كان يطبقه أي الذي يقدر
 على العمل (ويجعل
 مؤنته) أي مؤنة من
 يطبقه على المياسير الذين
 لا يطبقونه بانفسهم كما
 يفعل ذلك في تجهيز الجيوش
 فانه يخرج من كان يضيق
 القتال ويجعل مؤنته على
 الاغنياء وقوله (ويقابله
 عوض) يعني حصصه من
 الشرب فلا يعارض به أي
 فلا يعارض الضرر العام
 بالضرر الخاص بل يغلب
 جانب الضرر العام فيجعل
 ضررا ويجب السعي في
 اعدائه وأن بقي الضرر
 الخاص وقوله (خيفة
 الانشقاق) يقال بفتح السين
 موضع كذا أي خرقه وشقه
 وقوله (لما بينا) إشارة الى
 قوله لان الحق لهم والمنفعة
 تعود اليهم على الخصوص ثم
 قيل يجبر الابي كافي الثاني
 وهو قول أبي بكر الاسكافي
 رحمه الله وقيل لا يجبر
 وهو قول أبي بكر بن أبي

فصل في كرى الانهار (١٤٦)
 قال جماعة من الشراح ما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى
 ذكر مؤنة كرى الانهار التي كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا رائدا على النهر اذا
 تهرير جديدون مؤنة الكرى كأنهم العام أخذ كره وانتهى أقول فيه كلام أما أولافلان المصنف
 لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو في أمائد كرسائله ابعده كيف وقد قال فيما قبل فصول في
 مسائل الشرب وهو الا ن شرع في الفصل الثاني من تلك الفصول وأما ما بينافلان النهر العام أيضا
 لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول
 كره على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم
 أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على اذله لأنه يوجد بدونهما مطلقا بشرط اليه قول المصنف فيما
 بعد وأما الثاني فذكر به على اذله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان
 لانه يقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان في الظاهر حيث كان ضررهما من يده الانهار في
 الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون
 مؤنته عليهم في تحليل قوله فالاول كره على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر
 العام على السلطان نفسه فلا يجدي نفعا اذ لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا
 فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا رائدا على النهر فلا يمت وجهه التأخير الذي ذكره ههنا ثم أقول
 ما ذكره ههنا مع كونه غير تام في نفسه مستغنى عنه بالكلية عما ذكره من قبل عند قول المصنف
 فصول في مسائل الشرب فصل في المياه فانهم قالوا هناك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من
 مسائل الشرب لان احيا الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان القصور

سعد الجني رحمه الله وقوله (فاستوت الجهةان) يعني في الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجار في النهر الثاني فان من
 أبي من اذله يجبر عليه هناك لان احدي الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الا في دفع الضرر العام عن غيره وقوله (ولا يجبر لحق الشفة)
 جواب عما يقال ان في كرى النهر الخاص احيا لحق الشفة العامة فيكون في الترتل ضرر عام فينبغي أن يجبر الابي على الكرى دفع الضرر
 عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمه الله وفي ظاهر الرواية لا يجبر الابي لحق أهل الشفة كما لو امتنع جميع

أهل النهر عن كربة فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى (٧ ع ١) النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه انقاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غير لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعني فكانوا محجولين

فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه

لما قرب من فـراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (بجوز دعوى الشرب بالأرض استحسانا) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب محجول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك

فصل في كرى النهر (قال المصنف فلا يلزم انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع (قال المصنف فلا يلزم انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع (قال المصنف فلا يلزم انقاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا هي عليهم جميعا من أوله الى آخره بمخصص الشرب والأرضين لان لصاحب الاعلى حق في الاسفل لاحتياجه الى تسهيل ما فضل من الماء فيه وله أن المقصد من الكرى الانقاع بالحق وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وان يتركه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول أصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقي أرضه لانتفاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ نهره من انقاعه وليس على أهل الشفة من الكرى شيء لانهم لا يحصون ولا ينهم أنباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علك بدون الأرض ارثا وقد يبيع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر رجل يجري في أرض غيره فارد صاحب الأرض أن لا يجرى النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له بأجر امائة فنهى عن الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانقاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انقاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانقاع في معنى النفع غير مسموع كما وجد بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه واقتنى أثر جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيئا وقال صاحب الغاية استعمل الانقاع في معنى النفع وهو ضد الضرر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في افسه هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سموا من الكاتب بان يكون في الاصل انقاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدي لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فان باع متعديا وما قد دوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا للاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غير معرض للنفع ولا منسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشيء اذ ما له ايضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لمكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد علك بدون الأرض ارثا وقد تباع الأرض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع (قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب محجول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب كذا في النهاية وغيرها أقول فيه اشكال لان ما ذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالة جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعاً فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه ما كان بدون الأرض ارثا وباقيها يبيع الأرض وهو مرغوب فيه والا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ما ذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

له بأجر امائة) أقول الضمير في قوله له عائد الى النهر مراد به المعنى الحقيقي على طريقة الاستحسان

قوله (فإن لم يكن في يده) يعني بأن لم يكن (١٤٨) مستعملا بإجرائه ما عدا فيه أول تمكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي نعلي المدعى

قوله فإن لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجرا له في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليستقيم بقية قضى له لا يثبت بالبحر ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصنف في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيه انظر في الشرب (وإذا كان نهر بين قروم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضهم) لأن المقصود الانتفاع بسقيها فمتقددر بقدره بخلاف الطريق لأن المقصود الطريق وهو في إدار الواسعة والضيق على غلط واحد فإن كان الأعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من إبطال حق الباقيين ولكنه يشرب بحصته فإن تراصرا على أن يسكر الأعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطحا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز أن اسق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور لقياس في المبسوط على أن مذكرة في الكتاب لو كان معصدا لدعوى الشرب مع جوائنه لكان معصدا لدعوى غيره أيضا من الأعيان المجاورة له مع كونها باطلة قطعاً ثم يصلح ما ذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر لقياس مذكرة أيضاً في المبسوط ومنقول عنه أيضاً في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعى يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه إذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التملك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالحرق في حق المسلمين فإن ما ذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جواباً عنه على وجه الاستحسان تأمل فقههم ثم أقول الوجه الأول من ذلك الوجهين لقياس في مسئلة تناخذه وإن كان مذكرة في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الإصالة في البعض الآخر أنه منطوق فيه عندي لأنهم إن أرادوا بقرولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الأعلام أن الشرب مطلقاً مجهول جهالة لا تقبل الأعلام فهو ممنوع فإنه إذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلاً يصير الشرب هناك معلوماً نص عليه في الأصل فإنه قال في باب الشهادات في الشرب من الأصل وإذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحساناً لأنها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة إذا كان الشرب معلوماً والشرب معلوم لأنهم شهدوا به بشرب يوم من ثلاثين يوماً وهو معلوم إلى هذا لفظ الأصل وإن أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولاً فهو مسلم ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه إذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحساناً في مسئلة تناخذه صحة دعوى الشرب المعلوم فإن دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلاً نص عليه في الأصل أيضاً فإنه قال فيه وإن شهدوا أنه شرب يوم ولم يسموا عدداً إلا يوم لا تقبل هذه الشهادة لأنهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لأنه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الأسبوع وجهالة المشهود به تنفع من قبول الشهادة لأنه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فإن لم يكن في يده) قال في العنابة والنهاية يعني بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الأول خلل إذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فإن لم يكن في يده هو المعنى الأول أي بأن لم يكن مستعملاً بإجرائه مائه فيه يلزم أن يبلغ قوله ولم يكن جارياً لا يكون عدم الجريان حينئذ مندرجاً في مضمون قوله فإن لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جارياً مستندراً كالحصاة فالوجه هو المعنى الثاني وهو أن لم تكن أشجاره في طرفي النهر فإن كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجران مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فإن لم يكن في يده إشارة إلى انتفاء العلامة الأولى وقوله ولم يكن جارياً إشارة إلى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فإن لم يوجد شيئاً من علامتين فعلى المدعى البينة أن هذا النهر له وأنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق والحق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

البينة أن هذا النهر له أن كان يدعى رعية أنهر أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليستقيم إن كان يدعى الإبراء في هذا النهر فإذا أقامه يستفي له لا يثبت بالبحر ملكا له يعني في الأول أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فإن أثبت بالبينة العادلة كالثبات معاينة وقوله (حكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الأمور المسدورة (تسليمه) أي تفسير الاختلاف في الشرب وقوله (لأن المقصود الانتفاع بسقيها فمتقددر بقدره) معارض لأنهم قالوا قد استعملوا في إثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في السد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن إثبات اليد على الماء انحصاراً بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في إثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لأصاحب الأعلى (السكر لما فيه) أي في السكر من إبطال حق الباقيين ولكن يشرب بحصته يعني من غير يسكر (قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

وقوله (الأنه اذا تمكّن من ذلك) يعني اذا اصطالحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر عما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أرباب خشب لكونه اضرا اربابهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شيء يبدأ أهل الاسفل حتى يروا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا لان في السكر احداث شيء في وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقي حق جميع الشر كاهل الاسفل ثابت ما لم يروا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضي الله عنه أهل اسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يروا لانهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته في ذلك ومن لم يك طاعته فهو أميرك (وقوله والدالية والسانية نظير الرحي) (١٤٩)

تركيب مداد الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة يستقي بها والسانية البعير يستقي من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الخشب والالواح لا يرفع وكل ذلك يحذنه من يتخذ في ملك مشترك

فلا يملك الارضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كواه بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفتاح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاق والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت

الأنه اذا تمكّن من ذلك بلوح لا يسكر عما ينكبس به النهر من غير تراص لكونه اضرا اربابهم وليس لاحدهم أن يسكرى منه نهر أو ينصب عليه رحي ماء الارضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحي لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا يضر رحي حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما يبداه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سنته الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحي ولا يتخذ عليه جسر ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقتطع عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقتطعا مستوثقا فأراد أن يفض ذلك ولا يزيد ذلك في أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خاص ملكه وضعه أو رفعه ولا يضر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سرعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه اظهره الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأحد لان الشر كة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرها منه ابتداء فكان له أن يزيد في الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء في نهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها في ذلك شرب) لانه اذا تقدم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه في أرضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذا الارض الاولى تشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشر يكن في النهر الخاص وقفه كوى بينهما أن يسد بعضا دفعا لفيض الماء عن أرضه كي لا تنزل في ذلك لمافيها من الضرر بالآخر

صاحب العناية والنهاية نفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا على أن يكون قوله ما بان لم يكن مستعملا باجر اعماه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قوله ما أولم تكن أشجاره في طرفي النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن في يده على طريقة الف والنشر الغير المرتب لانه قول مع

الالواح التي فيها الكوة في فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر غير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أى يجعلها أعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعني من حيث انه يزيد في الشرب ما ليس له منه حق في الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق في المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعي أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوته أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا ينبغي أن مذكروا الزيلعي أو وجهه وأولى

وقوله (وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهم) بأن يقول لشريكه اجعل لي نصف الشهر ولك نصفه فإذا كان في حصتي سددت ما بدالي منها وأنت في حصتي مثل فحتها كما أنفلس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهم ما لا كوى لأن الانتفاع بالماء في التسمية الأولى مستدام وفي الثانية في بعض المددور بما يضر ذلك بصاحب السفلى وقوله (لأنه إغارة) لأن كل واحد منهما ما معر صاحبه نصيب من الشرب من الشهر لتعذر جعل ما تراضيه عليه مبادلة فإن بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل وإذا كانت عارية فلا معبر أن يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث ويوصى بالاتفاق بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيه وموت مقامه في أملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن القصاص والدين والخمر تلك بالأثر وإن لم يكن البيع وشحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الإيضاء ببيع الشرب كما سنده والحاصل أن الشرب بغير الأرض لا يملك بشئ من العقود فإذا صح في النكاح صح النكاح وجب مهر المثل وإذا ما في الخلع صح الخلع وعلم أرد ما قبضت من المهر وإذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه إذا لم يكن عن قصاص (١٥٠)

وكذا إذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهم ما لأن القسمة بالكوى تقدمت الآن بتراضيه لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذا الورثة من بعده لأنه إغارة الشرب فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالاتفاق بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود ما للجهالة أو للغرر ولأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود والوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسعى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق إن فاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لأنه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعده وموته بدون أرض كافي حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أن يضمه إلى أرض لا شرب لها فيبيعه ما يباذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف إلى قضاء الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركه الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب إليها وباعها فيصرف من الثمن إلى ثمن الأرض ويصرف الفائض إلى قضاء الدين (وإذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أي ملأها (فقال من مائتي أرض رجل ففسر قها) ونزل أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لأنه غير متعدي فيه

إشارة إلى وجود الاختلاف فإن العلماء رحمهم الله اختلفوا في كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب منهم من قال السيل في ذلك أن يقال للقومين إن العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب إلى جرب من الأرض من أقرب ما يكون من هذا الشرب ويتظربكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما ما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع ذلك الماء فيه في كل نوبة ثم يبيع الماء الذي جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف

كون ألف والتشتر الغير المرتب في مثل هذا المقام من قبيل الالتغاز في الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو في قولهما أولم تكن أشجاره في طرقي النهر فأنها لأحد الأمرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فإن انتفت إحدى العلامتين فعليه البيعة وليس بصحيح فإنه إذا انتفت أحدهما وجدت آخرهما لا يجب عليه البيعة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو إشارة إلى انتفاء ما معا (قوله والشرب مما يورث ويوصى بالاتفاق بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود ما للجهالة أو للغرر ولأنه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرد في رواية

رحمه الله ما ذكر في الكتاب وقوله (أو مخرها) قال في الصحاح مخرت الأرض أي أرسلت الماء فيها وقوله (لأنه غير متعدي فيه) بالروح إلى أنه إذا كان متعدياً ضمن وعدم التعدي إنما يكون إذا سقى أرضه سقياً يسقى مثله في العادة وكان ذلك في نوبته وقيل إن كان جاره تقدم إليه بالأحكام ضمن وإن لم يتقدم لم ضمن اعنه رأيا لحاظ المائل والله تعالى أعلم

(قال المصنف حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف في باب البيع الفاسد من بيع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفرداً في رواية وهو اختيار مشايخنا لم لأنه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال للمار إذا اتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الأرض من شرب غيره لا يستلزم لانه صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنتهناك وفي الكفاية هذا على رواية الأصل واختيار فخر الإسلام أنه يضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول فعلى هذا المناقضة فيه أصلاً لا ببناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه في صورة موث صاحبه مد بونا استعانة على خلاف القياس

ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب (١٥١) لمناسسته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان

كتاب الاشربة

وهو اختيار مشايخ بلغ لانه حطمن الماء ولهذا يضمن بالانلاف وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غير مينا قاض قوله هناك ولهذا يضمن بالانلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذلك بشئ لان بناء كلامه في المقامين على الروايتين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهو مختار شيخ الاسلام خواهر زاده وما ذكره هناك على ما قاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصة حيث قال رجل له ثوبه ماء في يوم معين من الاسبوع فباعه رجل فسقى أرضه في ثوبه هذا كراما على البزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنا وذكر في الاصل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفي فتاوى الصغرى رجل أثلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنه صاحب الكافي أيضا ههنا حيث قال حتى لو أثلف شرب انسان بأن يسقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى وقصد بعض الفضلاء جعل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقال العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامه ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول جل مرادهم بالعرق المعنوي ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصواب أن مرادهم بالعرق المعنوي ههنا هو معنى لفظ الشرب الذي هو مصدر شرب فان كلامه ما مشتق من ذلك المصدر ولا بد في الاشتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه في اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهذا معنى كونها ما شبع عرق واحد لفظا ومعنى ويرشد اليه ما ذكر في غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصل والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذلا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم أيضا الى العقل أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل من الخمر علينا كرامة لنا من الله تعالى لا انفع في المخطور بأن يدعو شرب القليل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذلك واما التدريج الضاري فلا يفر من الاسلام كذا في العناية أقول في كل من وجهي الجواب الثاني نظر أما في وجهه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن في ابتداء الاسلام الا أن نفس خيرية هذه الامة كانت في الابتداء والانتفاء كما لا يخفى على أحد وهي كافية في الكرامة فلا يتم التقريب وأما في وجهه الثاني فلان نفرة الضاري بالخمر أي المعتاد من الاسلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها في أي وقت كان فانهم اذا لم يحرم في ابتداء الاسلام كان الضاري بها على حاله في ابتداء الاسلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن يفر عنه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وأيضا احتمال كون الاعتماد بخيرت باعنا على التفرع عن الاسلام عند النهي عن تعاطي ذلك الخبيث متحقق في كثير من المنكرات التي نهى عنها في ابتداء الاسلام مع انه لم يمتنع ذلك في مقابلة ظهور شرف الاسلام فقهنا أيضا ينبغي أن يكون كذلك

حرمتها اذلا شبهة في حسن تحريم ما يزيل العقل الذي هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيل ما باله حل للامم السابقة مع احتياجهم الى ذلك أجيب بأن السكر حرام في جميع الاديان وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لا انفع في المخطور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت ابتداء والداعي المذكور موجود أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذلك واما التدريج الضاري

كتاب الاشربة

(قوله ذكر الاشربة بعد الشرب لانهم ما شبعوا عرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظي ظاهر وهو الشرب مصدر شرب والعرق المعنوي لعله الارض فان كلامه ما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قوله الى ذلك) أقول الضمير في حرمتها راجع الى الاشربة وضمير باله الى ما في قوله ما يزيل العقل بذلك الى العقل والمعنى ما بال الشئ الذي يزيل العقل حل للامم السابقة مع احتياج الامم

السابقة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) أقول يعني هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب اما بان الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذلك) أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكفاية اعمامة لاول هذه الامة وآخرها

سمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واستدقذ بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه) وهو الطسلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان ما ثبتها وهي التي من ماء العنب اذا صار سكرًا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر شجر وروقه عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

(وهي هذا الكتاب بها) أي بالاشربة (وهي جمع شراب) اسم لما هو سرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ الخ اشربة اشربة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاستعداد لا حقيقته لا سكرًا وكلامه واضح وقوله (وقال بعض الناس) قيل يريد به مالكا والشافعي رحمه الله

فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل فلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاين الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أضيف إليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حرامًا أو حلالًا وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرًا لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زيادة ما ذكره هنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادته في حل الانفاذ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أي بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنونوا به لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أولاضافة الكتاب إلى الاعيان والفقهاء يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنونوا بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصًا التلويح في أوائل القسم الثاني إلى هنا كلامه أقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لضافة الكتاب إلى الاعيان معنى محصل لانه ان أراد أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للأفعال فهو ممنوع ان قد تقرر في كتب الاصول سمي في التلويح في أوائل القسم الثاني أن اضافة الحل والحرمة إلى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال أو هو مبني على حذف المضاف أي حرم كل الميتة وشرب الخمر ونسكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة إلى الاعيان حقيقة لتوجيه من فصلين في محله الآن كون اضافتهما إلى الأفعال حقيقة مما لم يسكره أحد قط بل من يقول بكون اضافتهما إلى الاعيان حقيقة انما يقيد اضافتهما إلى الاعيان على اضافتهما إلى الأفعال في كونهما حقيقة ويستمد بذلك في توجيهه مذهبه فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للأفعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة ههنا وصف للاعيان مجاز لا للأفعال لا يتم قوله فلذلك عنونوا بالاعيان لان كون الحرمة وصفًا للاعيان مجاز لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بل لا ريب فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحثًا عن أفعال المكلفين بلا كافة أن يقال ويعلم منه حال الأفعال وبالجملة لتوجيه المذکور ليس بتمام على كل حال (قوله أحدها في بيان ما هيتهما) وقع في بعض النسخ ما ثبتها بدل ما هيتهما قال في غايه البيان المائبة بمعنى الماهية وهي ما به الشيء هو هو كما عية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة

قال (المصنف سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول أي بيان حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنونوا بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أولاضافة الكتاب إلى الاعيان والفقهاء يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للأفعال فلذلك عنونوا بالاعيان ويعلم منه حال الأفعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصًا التلويح في أوائل القسم الثاني (قال المصنف وهو التي من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الرجوع إلى

الخمر باعتبار الخبر أولان الخمر قديد كبر صرح به في القاموس

وقوله (فيماء كراه) إشارة إلى التي من ماء العنب وقوله (في غيره)

(١٥٣)

أي واشتهر في غير التي من ماء العنب

إذا صار مسكرا غير لفظ
الخمر كالمثلث والدالة
والباذق والمنصف وقوله
(ولان حرمة الخمر
قطعية) يعني أن حرمة
الخمر ثابتة بالاجماع
فتكون قطعية وما شر
قطعي لا يثبت الا بقطعي
وكون التي من ماء العنب
خرا قطعي بلا خلاف
فيثبت به بخلاف غيره فان
فيه اختلاف بين العلماء
رحمهم الله وأدنى درجات
الاختلاف ابراث الشبهة
فتكون الحرمة قطعية
وما يدل عليه اظني

ولما له اسم خاص باطلاق أهل اللغة فيماء كراه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره ولان حرمة الخمر
قطعية وهي في غير طائفة
ما يثبتها من اقسام لطيف لما في قوله وهي التي من ماء العنب تبصر تنقف (قوله ولما له اسم خاص
باطلاق أهل اللغة فيماء كراه) أقول لما منع أن يمنع اطلاق أهل اللغة على أنه اسم خاص للتي من ماء
العنب إذا صار مسكرا لا يرى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والمعوم
أصح لأنهم احرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في أن
الخمر عند بعض أهل اللغة يعبر ماء العنب وغيره وأن المعوم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولان
حرمة الخمر قطعية وهي في غير طائفة) قال صاحب غاية البيان ببيان أن التي من ماء العنب
خمر قطعي وبقيته الثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا
شبهة لان فيها اختلاف بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف ابراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة
قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خال فانه جعل
فيه مدار كون الحرمة في غير التي من ماء العنب طائفة باختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرا وليس
بسد يد إذا المنصف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات أن غير التي من ماء العنب لا
يسمى خمرا فلو كان مدار طائفة حرمة غير ذلك اختلاف فهم في تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكانه
قال الخمر هي التي من ماء العنب إذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر
قطعية وحرمة غير التي من ماء العنب طائفة لاناخالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص
بالي من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمة قطعية
وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع
فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون التي من ماء العنب خمر اقطعي بلا خلاف فيثبت به
بخلاف غيره فان فيه اختلاف بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف ابراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية
وما يدل عليه اظني انتهى أقول وفيه أيضا خلل أما أولا فلما مر أننا من استلزامه المصادرة على المطلوب
فان الظاهر من قوله فان فيه اختلاف بين العلماء في مقابلة قوله وكون التي من ماء العنب خمر اقطعي بلا
خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير التي من ماء العنب اختلاف فهم في كونه خمرا فيؤول إلى
ما ذكر في غاية البيان وأما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليه اظني كلام غير صحيح
لارتباط ما قبله لان مدلول ما قبله أن غير التي من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه
فاللازم منه أن تكون حرمة طائفة فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير التي من ماء
العنب قطعية لم يكن التفريق صحيحا فطعا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها
ظني اذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني أن حرمة الخمر ثابتة
بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج
الشريعة وصاحب الكفاية حيث قال لا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها إلى عين تمتد الحرمة في
تلك العين قطعاً وغير التي ليس بتلك المثابة لكان الاستدلال فيه انتهى فانهم لم يريدوا بالاجتهاد فيه الاجتهاد
في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أرادوا به الاجتهاد في عدم حرمة كما أشار إليه المصنف
فيماء كراه قال في العصار إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الاوزاعي
أنه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله أنه مباح وقال في نقيع الزبيب
بعد بيان أنه حرام إذا اشتد وعلى ويتأني فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل
المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير التي من ماء العنب لا يكفرون مستحله

(٣٠ - تكمله ثامن)

بقطعية (قوله وما يدل عليه اظني) أقول الواو والهمزة

وقوله (وانما سمي) يعني غير النجس (خمر الخمره) أى لصيرورته مرا كالخمر لا الخمر ته جواب عن قولهم سمي خمر الخمر ته العقل
ولئن سألناه مشتق منها لكن (١٥٤) لا ينافي اختصاصه بالنجس من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا

وانما سمي خمر الخمره لا الخمر ته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان الخمر مشتق
من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للخمر المعروف لاسلك ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول
طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الا لزام وهذا كالم با فان حرمة قطعية وحرمة بيع الحنفن بالحنف متفاضلا مثلا ليست
بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النجس من ماء العنب لا ينافي
توجه الا لزام عليهم بل بذلك يتوجه الا لزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سئل في الكتاب
أن الله سبحانه وتعالى سمي الخمر في كنه الكسر ثم رجسا والرجس ما عوجز العيون وقد جاءت السنة
متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقاد إجماع الأمة وما ثبت بهذه الأدلة القطعية
قطعي جزمنا فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النجس من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النجس خمر اذا
لا شك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الا لزام في قولهم ان كل
مسكر خمر وتظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالم بالي آخره لا يجدي شيئا لأن عامة الراباعين الكليل
مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطم في المطعومات والتمنية في الايمان ففي بيع الحنفنة
بالحنفنة متفاضلا لا يوجب ذلك الراباعين لعدم وجود علمته فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد
فيه الراباعين لعدم علمته فيحرم فكون حرمة الراباعين قطعية يصير حجة على الشافعي هناك أيضا لمثل ما قلناه هنا
فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمر الخمره لا الخمر ته العقل) قال بعض الفضلاء ذلك أن
تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون
معارضه يعني انما سمي خمر الخمره أى لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النجس من ماء العنب فلم
يكن غيره خمر أو يشير إليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قال أى لتشدده وقوته
فإن لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لمعارضه فلا
وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما
لكل مسكر بقوله ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق
من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر
له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النجس من ماء العنب خمر
الخمره أى لصيرورته مرا كالخمر لا الخمر ته جواب عن قولهم سمي خمر الخمر ته العقل انتهى أقول
هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حيث لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول
المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل
ذلك الشراح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النجس على السهو ومن فلم الناصح الاول ولا
قوله كالخمر في قوله أى لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو
غير النجس من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النجس من ماء العنب
خمر الخمره أى لغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمر الخمر ته العقل
أى ليست التسمية للخمر ته العقل أى ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النجس من ماء العنب أيضا
فيكون خمر الخمر ته العقل لا ينظم الارتباط بالسباق والحق كالا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير
قول المصنف لخمرة أى لصيرورته خمر أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد إلى تعليل النبي بنفسه كما
يشهده التأمل الصادق (قوله فان الخمر مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للخمر المعروف

فان الخمر مشتق من نجم
اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا
وكذا ضرورة مشتق من
القرار ولا يستعمل في الكوز
وان وجد فيه القرار
وأفاده كثيرة وقوله
(والحديث الاول) يريد به
كل مسكر خمر روى عن
يحيى بن معين رحمه الله
أنه قال الاحاديث الثلاثة
ليست بناتبة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أحدا
قوله عليه الصلاة والسلام
لا نكاح الا بولي وشاهدي
عدل والثاني من مس
ذكره فليتوضأ والثالث
كل مسكر خمر وكان يحيى
ابن معين اماما حافظا متقنا
حتى قال أجد بن حنبل
رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير
النجس خمر الخمره الخ) أقول
فيه بحث فانه حيث لا يرتبط
الجواب للجواب عنه لأن
تقرير كلامهم فيه كلما
كانت الخمر مشتقة من
الخامرة فكل ما يوجد فيه
معنى الخامرة فهو خمر لكن
المقدم حق والتالي منه
فليتأمل (قال المصنف
وانما سمي خمر الخمره)
أقول ولك أن تقول هذا
منع لا يضر (قال المصنف
فان الخمر مشتق من

الظهور) أقول أى من النجوم الذى بمعنى الظهور ففي كلامه مسامحة (قال المصنف والحديث الاول
طعن فيه يحيى بن معين) أقول مع انه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني والثاني

والثاني أريد به بيان الحكم اذ هو الاطلاق بمنصب الرسالة والثاني في حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خراولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد

لا لكل ما ظهر قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثر يا انتهى وتبعه العيني أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا بجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثر يا بلا وضع واضح معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله في فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ما تقر في موضعه والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر الخصوص وهو جنس الكوكب لأنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثر يا لان معنى الظهور انما هو لفظ في مرتبة كون النجم اسما موضوعا بجنس الكوكب لاني مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثر يا فان كونه علما انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا بالملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة اعلام اتفاقية وهذا كله مما الاستدلال به عند من له دراية بالعلوم الادبية وكان صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف في قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الآن مراده بالنجم المعروف بجنس الخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ما يوجد فيه معنى الظهور ومطابقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثاني أريد به بيان الحكم) قال في غاية البيان والعناية يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحكم انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم في قوله والثاني أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بنام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قرش على ما تقر في موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور في ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيراهما الى الكرم والخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق في غير تينك الشجرتين ايضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غيراه ووطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجي في الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذي أريد بيانه بالحديث الثاني هو حرمة قتله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق في المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبرة صاحب الكافي في تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة في حرمة القليل والكثير معا الا أنها باجملها لا تناقضها بل تساعدنا حيث قال والمراد بالثاني بيان الحكم وهو الحرمة لبيان الحقيقة واقتضى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم ثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم ثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعى ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول ناشترط القذف بالزبد فعمل مدعى ثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشيء بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر في الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معسولة وهذا يناقض ما شرح به فيما بعد من أن عينه احرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح الكافي قول المصنف هذا بما هو اظهر في المناقاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد أي الاسكار مؤثر في ايقاع العداوة والصدع عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثاني) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعني اذا أسكر كثيره كان حكمه في الاسكار حكم الخمر في الحرمة وثبوت الحد اذ هو الاطلاق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لالبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعني ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعي (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أي بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعي وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوي يمنع الاستلزام أي استلزام ثبوت اللغوي ثبوت الشرعي

وقوله (وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً) يعني وفي الحديث يؤخذ بقذف الزبد احتياطاً أيضاً وقوله (وهذا) أي إنكار حرمة عينها (تكفر) من المنكروا أن كان قليلاً لحرمة السكر منه (لأنه بجود الكتاب) يعني قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر إلى قوله تعالى فهل أنتم متهمون وقد ذكرنا ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبي صلى الله عليه وسلم في الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها

ولا يخيصة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه أذيه يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعة فتناط بانهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطاً والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال إن السكر منها حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدع ذكر الله وهذا كفر لأنه بجود الكتاب فإنه تعالى سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الإجماع ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا ازداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر الأطعمة ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليقه لتعديه الاسم والتعليل في الأحكام لافي الأسماء

معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكروا حرمة عينها وقال السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصدع ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولا يخيصة أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد وسكونه أذيه يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعة فتناط بانهاية كالحد وكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام في هذا الموضوع في حديث ثبوت اسم الخمر لافي حديث ترتيب الأحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر في بداية الشدة ويشترط ترتيب الأحكام الشرعية عليه بكما لها فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا في حديث ثبوت اسم الخمر في الشرع لافي حديث ثبوته في اللغة فقط فإذا ثبت اسمها الشرعي يلزم أن يترتب عليها الأحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لأن السكر لازم الاسكار ومطأوعه فلا يفترقان في التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدي إلى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما في المفهوم لا يحدى شيئاً فقهياً ههنا كما لا يخفى كلف ولا شئ أن مراد المصنف بيان كون حرمة العينها غير معلولة بشئ تماماً أصلاً لأنهم أغبر معلولة بالسكر وأنهم معلولة بشئ آخر كالاسكار لأن ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجود كتاب الله تعالى أنما يستترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافي كونها محرمة العين مطلقاً لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وإنما قال غير معلول بالسكر ليكون الواقع في كلام المنكر هذه العبارة تبصرت فهم (قوله والشافعي يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهي ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا لما كانت حرمة العينها لا يصح التعليل لأن التعليل حينئذ يكون محالاً للنص انتهى أقول لقائل أن يقول إن كان تعليلها وتعديتها إلى غيرها منافيًا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها إلى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضاً فإنه سماه رجساً والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة وإجماع الأمة أيضاً على ما مر من

أن لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منهم متواتر كشماعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعني دعاء القليل إلى الكثير قال في الميسر ما من طعام وشراب إلا وادته في الابتداء ولا يزيد على اللذة في الانتهاء إلا الخمر فإن اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لأنه خلاف السنة المشهورة) يعني ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمة العينها لا يصح التعليل بمعنى الخمر لتعديه اسمها إلى غيرها

(قال المصنف ولا يخيصة أن الغليان بداية الشدة وكما لها بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالثي من ماء العنب إذا صار مسكراً تعريفًا بالاعم عند أبي حنيفة ويقال المطلق ينصرف إلى الكامل وكما

الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالسكر عنده هو الكامل في الاسكار يفهم ذلك من تقريره له (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالة على ذلك في الاشراف شرح مشارق الانوار) أقول وفي شرح حديث أن الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعي يعديه إليها) أقول أنت الضمير الرابع إلى سائر لا كتسابه التائت من المضاف إليه (قال المصنف والتعليل في الأحكام لافي الأسماء) أقول فإن قيل الشافعي أيضاً يعدى الحكم كما اعترف به المصنف أنه فاخاوجه هذا الكلام قائماً أنما يعدى الحكم بواسطة تعديه الأسماء فليتنامل

والرابع أنهم نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر
مستحبا لا إنكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها أو غاصبها
ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوى يشعر بعزتها وقال عليه السلام الذي
حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ما لثبوتها والاصح أنه مال لأن العايب عايب الله أو تضمن
بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاد ثمن خرا لا يخل له أن يأخذه ولا للدين أن يؤديه لأنه ممن بيع
باطل وهو غصب في يده وأمانة على حسب ما اختلفوا فيه كفي بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فإنه
يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفي به لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها
لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحسد شاربها
وان لم يكسر منها الفولة عليه السلام من شرب الخمر فأجلدوه فان عاد فأجلدوه فان عاد فأجلدوه فان عاد
فأقتلوه إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم
وتفسيره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه يمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد
ثبوتها إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

وقوله (حتى لا يضمن
متلفها) لا يدل على
إباحة اتلافها وقد
اختلفوا فيه فقيس بإباح
وقيل لا بإباح الا لغرض
صحيح بان كانت عند شرب
خفيف عليه الشرب وأما
إذا كانت عند صالح
فلا بإباح لأنه يخلها وقوله
(والسابع حرمة الانتفاع
بها) يريد التداءى
بالاحتقان وسقي الدواب
والإفطار في الإحليل
وقوله (الأن حكم القتل
قد انتسخ) يعني بقوله صلى
الله عليه وسلم لا يحل دم
امرئ مسلم إلا بحد
معان ثلاث الحديث

قبل وذلك يؤدي إلى جحود تلك الأدلة القطعية وحاشي للشافعي من ذلك وإن لم يكن تعليلها وتعديتها
إلى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها بآنية تلك الأدلة القطعية وحرمة عين غيرها بآنية
بتعدية حرمة عينها إلى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لأن
مسندول السنة المشهورة إنما هو حرمة عين الخمر والغرض أن تعديتها إلى غيرها لا ينافي حرمة عينها
ثم أقول الحق عندى ههنا أن تعليلها بالأسكار ينافي حرمة عينها لأن قليها ليس بسكر فيلزم أن لا يكون
قليها حراما على مقتضى التعليل بالأسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل
بتعليلها بالأسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالحامرة ونحوها فالظاهر أنه
لا ينافي حرمة عينها والشافعي إنما قال بتعليلها بالخامرة فعدي حكمها إلى غيرها من المسكرات حتى
أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشرح فن أين يلزمه
المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنهم نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية
على ما بينا) أقول فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر أنفا إنما هو حرمتها
فإن استلزم حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فإمعنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة
موضعارا بما يحوئها عنه بالأصالة وإن لم تستلزمه فإمعنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد
من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فأنه مما هار جساو الرجس هو
القدر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة إلا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بينا فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول
والدم لأنها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى
لا يضمن متلفها أو غاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوى يشعر بعزتها)
أقول لقائل أن يقول هذا التعليل بآنية ثمن السرقة فإنه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه
عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقة وبكرة ببيع العذرة
وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقة أيضا لأنه نجس العين فشا به العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ
ولأنه منتفع به لأنه باقى في الأرضى لاستكثار الربح فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة
انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

بهذا النجس ونيسكر دخل
يحب عليه اخذ ثم قال
ويجب أن لا ينجس عليه
الحسد لانه ليس بشعر لفة
ذات الشعر لفة هو التي من
ماء العنب وهذا ليس بشيء
وقوله (والمصنف) قبل
يجوز أن يكون منسوبا
عاطفا على قوله الباذق
أي يسمى العصور المذهب
أقل من ثلثيه الباذق
رسمي المصنف أيضا لانه
قال الاثرية المحرمة أربعة
وهي الخمر والعصور المذهب
أقل من ثلثيه ونقيع
التمر ونقيع الزبيب فلو
كان الباذق غير المصنف
لكانت الاثرية المحرمة
خمس ويجوز أن يكون
مرفوعا لانه نوع من
الذاهب أقل من ثلثيه
لانه أعم من أن يكون
منصفا أو غيره والاول
أوجه معنى وهذا أوجه
لفظا لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا

(قوله لكانت الاثرية
المحرمة خمسة) أقول
كيف تكون خمسة وكل
منهما من أقسام المسمى
بالطلاء (قوله لانه أعم
من أن يكون منصفا
أو غيره) أقول فيندفع
لزوم كونها خمسة (قوله
لانه لو كان منصوبا
لقال أيضا) أقول فيه بحث
فان المسمى بالباذق غير

على ما قاله الان الحسد بالقيل في التي خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبع والعاصم حواز تخليها وفيه
خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر وأما العصور اذا طبخ حتى
يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمصنف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ
فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الأوزاعي انه مباح
وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذم مطرب ولهذا يجتمع عليه
النساق فيحرم شربه دفعا للقضاء المتعلق به

بالسرقين أظهر مما مر اتفاقا قد بر (قوله وأما العصور اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى
طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الهمزة والفتح ما طبخ من عصور العنب أدنى طبخة
فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصور العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو
تعريب باذنه وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شيء منها بشيء أقول
فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بشيء قطعا
والباذق اسم لما طبخ من عصور العنب أدنى طبخة فليس بخمر لاحالة ولهذا قال المصنف وأما العصور اذا
طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذنه بمعنى الخمر اللهم الا أن يكون
ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من
كونها اسما خاصا للذي من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمصنف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية
البيان قوله والمصنف يجوز أن يكون بالنصب وهو الوجه عطف على قوله الباذق أي يسمى العصور
الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المصنف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسره في شرح الجامع
الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمصنف وأيضا انه قد حصر الاثرية المحرمة على أربعة وهي الخمر والعصور
الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المصنف غير الباذق الذي هو المطبوخ والذاهب
أقل من ثلثيه لكانت الاثرية المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المصنف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل
من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما
والمصنف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا
أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون
أوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير بالعصور الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما
الباذق والآخر المصنف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمصنف متحد في المعنى وهو العصور المطبوخ
أدنى طبخة مع أن تحصر بالمصنف يشافي ذلك أما أولا فلانه فسر المصنف بقوله وهو ما ذهب نصفه
بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصور المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ
فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى
أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المصنف والمصنف مرفوع
لا غير فهو محطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصور المطبوخ والذاهب
أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المصنف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما
حديث ان المصنف لو كان غير الباذق لكانت الاثرية المحرمة خمسة وقد حصرها في الاربعة فعلى
طرف التمام لان الاربعة التي حصرها الاثرية المحرمة فيها انما هي أصول الاثرية المحرمة وأقسامها
الاولية والباذق والمصنف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية
وهو الطلاء العام الباذق والمصنف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقبل أراد به التويج معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وعلى ويتأني فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها او يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية

لفظ الاندلو كان منصوبا لقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالبادق غير المسمى بالنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والنصف مرفوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لاندلو كان منصوبا لقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو العاطفة في قوله والنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على البادق تغني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا لقال أيضا (قوله) وأما نقيع التمر وهو السكر وهو الذي من ماء التمر أي الرطب قال صاحب العناية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقيع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى أن يتقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوى انتهى وقال جمهور الشراح دفعنا ذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجي وانتهى أقول فيما قاله جمهور الشراح أيضا فانظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو المتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره هنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو الذي من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عندنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله) فهو حرام مكروه قال عامة الشراح أردف الحرام بالكرهية اشارة الى أن حرمة ليست حكمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلا ندلو كان مقصودا المصنف بأردف الحرام بالمكروه اشارة الى ما ذكره لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولوا كتمى بأردفه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا ند المصنف سيصريح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى اشارة الى ذلك ههنا (قوله) وقيل أراد به التويج معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والاية محمولة على الابتداء بان الاية مكينة وتحرىم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الاية قبل تحرىم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ مما لم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله) الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية

وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجي عقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكرهية اشارة الى أن حرمة ليست حكمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما روينا من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والاية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكينة وحرمة الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالاية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التويج ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولما أنه رقيق ملد مطرب الخ

(قوله) انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر (قوله) لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر يفحتمين عصير الرطب اذا اشتد وفي الطبابة السكر يفح السنين والكاف هو النع من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر

انتهى فالتمر يعني الرطب فيه أيضا

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمته الامتلاء) كما إذا أثلف المسلم خمر الذمي على ما عرف أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام وأورد رواية (١٦٠) الجامع الصغير وهي قوله ماسوى ذلك من الاشربة أى ماسوى

ولا يجب الخد بشربه حتى يسكر ويجب شرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغلبة
في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها وبضئ من متلفها عند أبي حنيفة خلافاً لهما
فيها لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها
لامتلاءها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان
الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وماسوى ذلك من الاشربة
فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من
الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحسد شاربه عنده وإن سكر منه ولا يقع
طلاق السكران منه عند نزلة النائم ومن ذهب عقله بالبيع والربح المال وعن محمد أنه حرام ويحسد شاربه
وبدع طلاقه إذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضاً وكان أبو يوسف يقول ما كان
من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فأنى أكرهه ثم رجع إلى قول أبي حنيفة) وقوله
الاول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام إلا أنه تفرّد به هذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشد ومعنى
قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن ابتداء هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدة مكان
أنه حرمة ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الخد الذي
ذكرناه فيما يحرم أصل شره وفيما يحرم السكر منه على ما ذكره أن شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع إلى
قول أبي حنيفة ولم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضاً (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب
إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير
أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر والخمر والسكر وقد قال في اثبات حرمة ولنا
اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول الامة سيما اجماع الصحابة
دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحليها لكون حرمتها
اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يقيد مثل ذلك
الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله اليها كما تقرر هذا أيضاً في علم الاصول فيجوز أن يكون
الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القليل ويكون هذا باعناعاً على وقوع الاجتهاد في خلافه
(قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقويمها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولاً
فلانهم صرحوا بأن معنى تقوم المال بأحثة الانتفاع به شرعاً ربيحياً والتصرح به عن قريب بأن هذه
الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها وأما ثانياً فلان الدلالة القطعية
انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يجب
العمل ولا يجب علم اليقين بل يجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في
علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في
الحكم بجرمة هذه الاشربة اذ هي أيضاً اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفاً (قوله ولا ينتفع بها بوجه
من الوجوه لانها محرمة) أقول في التعليل بحث إذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا ترى
أن السرقة نجس العين محرم تناول قطعاً مع أنه مما ينتفع به حيث يلقي في الاراضى لاستكنار الربيع
ولهذا يجوز بيعه كما صرح في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرحوا به وقد
مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب قد بدر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا
كان الذهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليه أن حق هذه الرواية أن تذكر

المذكور وهو الخمر والسكر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو
الباذق والمنصف لبيان أن
العموم المذكور في الجامع
الصغير لا يوجد في غيره
وقوله (وقال فيه) يعني في
الجامع الصغير

(قال المصنف ويحوز
بيعها وبضئ من متلفها الخ)
أقول المراد بالجواز ما يترتب
عليه الثمرات المطلوبة
لما يقابل الحرمة (قال
المصنف وما شهدت دلالة
قطعية) أقول فيه بحث لأن
الحرمة تثبت بالشبهة (قال
المصنف غير أن عنده يجب
قيمتها الامتلاء) أقول لا يقال
ينبغي أن يجب المثل بدليل
جواز البيع لانا نقول
البيع يجوز مع الكراهة
فلا واجب المثل لكان
مأموراً بابتیان فعل مكروه
وهو تسليم الحرام وهذا
لا يجوز ومع ذلك لو أدى
المثل يخرج عن العهدة
أيضاً تأمل قال العلامة
الكاكي أن المسلم ممنوع
عن التصرف في الحرام
فلا يكون مأموراً باعطاء
المثل حتى لو أعطى يخرج
عن العهدة إلا أنه مكروه
انتهى وفيه بحث الآن
يؤثر يجب بمعنى ينبغي
(قوله أن المسلم ممنوع عن
التصرف في الحرام) أقول

فينبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل
ترتب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طسرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في
المثلث الغنبي ونذكره إن شاء الله تعالى قال (ولابأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني
ابن عمر رضى الله عنه شربة ما كدت أهتدى إلى منزلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك
على عجرة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لآلات المرور عنه حرمة نقيع الزبيب وهو التي منه
وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والربط والبسر محمول على حالة
الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الخنطة والذرة والشعير حلال وإن لم
يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله إذا كان من غير لهن ووطرب لقوله عليه السلام الحرام من
هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والخلة خص التحريم بهما أو المراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ
فيه لإباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لأن قليله لا يدعوى إلى كثيره كيفما كان وهل يحد
في المتخذ من الحبوب إذا سكر منه قيل لا يحد

قيل قوله ولا ينفع بها وجه من الوجوه لأنهم من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينفع
بها إلى آخره مسألة مستقلة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد
أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدى إلى أهلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال
ما زدناك على عجرة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به أنه كان
يسقي غيره ما لا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين
أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافا فهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا
يدركه بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الأصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل
فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما أن
قول ابن زياد ما كدت أهتدى إلى أهلي يشعر بأسكارا لشربة التي سقاها ابن عمر أياها والسكمر من
كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما
ما أشار إليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت أهتدى إلى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير
فيه لاحقية السكران ذلك لا يصلح انتهى وثانيهما أن وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد
تلك الشربة فأنما هو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه أياها وأما تأثيرها
في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل إلى مرتبة الاسكار فليس له عدم قدره وهو مختلف باختلاف
الطبائع والأوقات وللشارب أن يحتز عنه مهما أمكن فان وصل إلى تلك المرتبة في الرواية المذكورة
فأنما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا العاقبة تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الكتاب لأن قليله لا يدعوى إلى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منظور فيه لأن مجرد أن لا يدعوى
قليله إلى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لإباحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط
الطبخ فيه لإباحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعوى إلى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل إلى
الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والظاهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال
فيها وفي رواية لا يشترط لأن حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ
مما هو أصل للخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والجنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من
هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طخنة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طخنة في هذه
الاشربة ليعتد نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب
إذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مر هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسألة الجامع الصغير فيما قبل
حيث قال وهو نص على أن ما يتخذ من الخنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

قال (ولابأس بالخليطين)
الخليط ماء التمر والزبيب
إذا خلطوا فطبخا بعد ذلك
أدنى طخنة ويترك إلى أن
يغلي ويشد والعجوة التمر
الذي يغيب فيه الضرر
لجودته وقوله (محمول على
شدة وكان ذلك في الابتداء)
يعني أن النهي عن الجمع
بين التمر والزبيب كان في
الابتداء في وقت كان بين
المسلمين ضيق وشدة في أمر
الطعام ثم لا يجمع بين
الطعامين ويترك جاره جاععا
بل يأكل أحدهما ويؤثر
بالآخر على جاره ثم لما وسع
الله على عباده النعم أباح
الجمع بين النعمتين وقوله
(قيل لا يحد) هو قول
الفقيه أبي جعفر رجه الله

وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا الان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الابان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرمال لا يحد عند أبي حنيفة اعتبارا بالحمة اذ هو متولد منه قالوا والاصح أنه يحد لان كراعة الحمة ما في باحته من قطع مادة الجهاد أولا احترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير الغنم اذا طبخ حتى ذهب ثلثه بقاء وبقي ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصده النية أو اذا قصده التلهي لا يحد بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويرى عنه عليه السلام ما أسكر الجرة منه فالجرة حرام منه حرام

شاربه عنده وان سكر فالتعرض له امره أخرى يشبه السكر ارفع لعل المقصود بالذات هي ما ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحد وما قبله بوطئه له نيم بجه أن يقال لو ذكر أيضا عندنا قوله قالوا والاصح أنه يحد لاستغنى عن الاعادة ههنا بالكلمة (قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشربة ليست بمنزلة مما هو أصل الخمر فلا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقد ذكرنا الوجه من قبل الاشارة الى ما ذكرنا السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبخ ولبن الرمال انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا وتقل ما ذكره ثانيا بقل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما صرح حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بالخلاف فعلم انه لا تأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير في سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثاني أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة في الحوالة على ما حرم السنة ثم ان في كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء عجبنا فضلا

عن أن يكون مذكورا هنا فاني يتيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقد ذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان أخره صاحب العناية في الذكركم لا يخفى على من تأمل في سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره في هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا لا يخلو عن رككة اذا الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكرانه هل يحد في ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمصنف الآن يصدد التفريع على ذلك فتكمله فيستدعي هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح أنه يحد على قولهما فلا يناسب في تعليل قوله والاصح أنه يحد أن يقال فانه روى عن محمد بن سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل فان محمد انما خافه ما في أصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحد المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلي فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما ما فيه قولان بحد ذلك كما تقدم أنفا فلا يكون المروي عن محمد حجة في حقه ما وعن هذا ترك صاحب الكافي هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا الان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاسيبي ان الاصح أنه يحد لان الفساق يجتمعون في زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك)

وقوله (وقد ذكرنا الوجه من قبل) اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره قيل ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعني أن هذه الاشربة ليست بمنزلة مما هو أصل الخمر وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبخ ولبن الرمال وباقى كلامه واضح وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله مذكور في النوادر ولنا أي لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفي بعض النسخ ولهما أي لابي حنيفة وأبي يوسف) قوله وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبخ ولبن الرمال أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلمكان قوله من قبل وأما معنى فان عليه وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا كالخمر ولهم ما قوله عليه السلام حرمت الخمر
لعينها وروى بعينها قليلا وكثيرا والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر
إذا العطف للغايرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله
وقوله هنا وعنه انه كره ذلك بعد أن سرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة
بين قول محمد يحرم منه وبين قوله بكراهته فينا في ما تقرر في أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه
حرام عند محمد ولكن بجرمة طنية لا بجرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شيء لم يطلق عليه لفظ
الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هناك فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهية
عنه مما نحن فيه على قطعية الحرمة في احدهما وطينية في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال
للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لان قطعية حرمة
الشيء تستلزم أن يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد ما فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلاثة المحرمة
عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يكفر
مستحل الخمر لان حرمتها الاجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهاد الاباحية فيها
انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق
المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة
بينها وبين الكراهية على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد أن كل
مكروه كراهية التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف
فان المكروه كراهية التحريم ليس بحرام أصلا عند محمد بل الى الحرام أقرب وأما المكروه كراهية
التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز
أن يكون المراد بالكراهية في قول المصنف ههنا وعنه انه كره ذلك هو الكراهية التنزيهية وهي مغايرة
لحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله وله ما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت
الخمر لعينها وروى بعينها قليلا وكثيرا والسكر من كل شراب) قال في النهاية وله ما أيضا قوله تعالى
انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصدع ذكر
الله تعالى واثبات العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بل بشرب القليل ولو خليا وظاهر الآية
لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهرا الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع
فمما عدهم فبق على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدهم الخمر من الاشربة
المحرمة الثلاثة فان قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع
أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم
في غير الخمر اذا العطف للمغايرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر
التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلية على المتصور كافي قواهم خصصت فلا نال ذلك
على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد مدعاها ما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن
فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاها في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا
حل الاشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزوما وبطلانا على أن استفادة قصر التحريم على
السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ليس مسكرا على انشرائه
بل بما تقدم فيبقى ان
يحرم ما تقدم ايضا أحب
بن الحكم يضاف الى العلة
معنى وحكم وفيه تدرلان
الاضافة الى العلة اسما
ومعنى وحكم أولى والمجموع
بهذه الصفة والاولى ان
يقال الحرام هو المسكر
واطلاقه على ما تقدم مجاز
وعلى القدح الاخير حقيقة
وهو مراد فلا يكون المجاز
مرادا

(قوله والاولى ان يقال
الحرام هو المسكر واطلاقه
على ما تقدم مجاز) أقول
اطلاقه على ما تقدم على
القدح الاخير مجاز بلا شبهة
وأما اطلاقه على المجموع
من القدح الاخير وما تقدمه
فليس بمجاز والكلام فيه
(قوله وعلى القدح الاخير
حقيقة وهو مراد فلا
يكون المجاز مرادا) أقول
ويقرب مما ذكره الشارح
ما قاله الامام الترمذى في
شرح الجامع الصغير
لا يقال القدح الاخير مسكر
بما تقدمه لان المسكر
ما يتصل به السكر وهو
كالتخم من الطعام فان
الحرم هو التخم انتهى قال
التفتازانى في التلويح
ذهب المحققون الى أن الجزء
الاول يصير بمنزلة العدم
في حق ثبوت الحكم ويصير
الحكم مضافا الى الجزء
الاخير كالمن الاخير في انقال البغية والقدح الاخير في السكر انتهى

ولأن المقدح هو القدح المسكر وهو سكرام عندنا

الذهب فليتم (قوله ولأن المقدح هو القدح المسكر وهو سكرام عندنا) فان قيل المقدح الاخير
انما يتصل به مسكرا بما تقدمه لا بغيره فينبغي أن يحرم ما تقدم ايضا قلنا ما وجد السكر يشرب
القدح لاخير اضعف اسكركم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعتبر صاحب
الغنية في الجواب المذكور حيث قال فيه تدرلان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكم أولى والمجموع
بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع به هذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه
الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بعد اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة
اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يترسخ عنه كما
عرف كنهه في علم الاصول ولا شك أن شيئا مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك
أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فيه ولا يقدح في مطلوبنا غنا اذ لا ننكر حرمة
مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح
المسكر بانشراده نعم في الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء
الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو
المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازانى قال في التلويح في
مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم
ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في انقال البغية والقدح الاخير في السكر انتهى
وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا أي كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه
وحده بلا غبار ثم قال صاحب الغنية والاولى ان يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى
القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فضلا عن أن
يكون أولى اذ ليس الكلام ذهنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفقد التشبث
بربحان الحقيقة على المجاز شيئا بل انما الكلام ذهنا في أن المقدح هو القدح المسكر أي المزيل
للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح
المزيل للعقل لا غير وبالجمله مدار الاستدلال ذهنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما ورد
السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانشراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل ايضا في
ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يقدح أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح
الاخير حقيقة شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله
صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومجمله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر
حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يراد على صاحب الغنية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على
ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة
وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح
الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع
مشمول على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة
فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب
مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعاً ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث
هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على
القدح الاخير ايضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما ايضا تأمل تقف

رقوله (واغما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وذو أن يقال لما كان المنسحق هو الآخر بدون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا وهذا واضح وجبه الجواب عن الأول أن القياس ذلك ولكن تركناه لأن الخمر لرقته واطافتها تدعو إلى الكثير فأعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لاختلافه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الأول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين وثبتنا بثبوته فهو محمول على القدر الأخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) أي ذكرنا لاختلاف وقع فيه فإن منهم من سماه يوسفيا (١٦٥) ويعتقون بأن أبي يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم

من سماه بخنجا وجيدا فان لا به منسوب إلى رجل اسمه حميد وهل يشترط لا باحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله فيه واختار المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا لاطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهب معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لأنهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا معا واحتمل ذهاب الماء أولا لاطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لأنه إذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباقي وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله

واغما يحرم القليل منه لأنه يدعول رفته واطافته إلى الكثير فأعطى حكمه والمثلث لاطافته لا يدعول رفته نفسه غذاء فبقى على الإباحة والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدر الأخير إذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لأن صب الماء لا يزيد الاضعاف بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أولا لاطافته أو يذهب منه ما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يصير يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الأصح لأن العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله) واغما يحرم القليل من الخمر لأنه يدعول رفته واطافته إلى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معاملة وقد صرح فيما صرح بأن الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشئ لأن تعامله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والمسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال واغما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم إلا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزيل والزام الخصم بأن يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولأن المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليلا وكثيرا فتبصر (قوله) والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين الذين رواهما ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضته ما رواه لهما انتهى أقول توجيهه ليس بشئ لأن دلالة الحديثين الأخيرين الذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الإشارة أو الاقتضاء وقد تقررت في علم الأصول أن عبارة النص ترجع على إشارة النص واقتضائه عند المعارض فإن أراد ذلك القائل بمعارضته ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساوط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس يصحح وإن أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين الذين رواهما الخصم فليس يفتيد بل يحل كما لا يخفى (قوله) لأن الماء يذهب أولا لاطافته أو يذهب منه ما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لأن الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مسددها هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فإن مرادهم بقوله هم أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد المنفي فالمعنى أن

(يكتفي بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

(قال المصنف والحديث الأول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الأخيرين ولم يفعل كأنه اكتفى بمعارضته ما رواه لهما (قوله) وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فإن الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كأن كذا الذي هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون المكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب حكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالاشتراك في الماء الحار) جزوا أكثر أعمال العلم الاشتباذ في الماء وهو القرع والختم وهو حرار حر أو خفسر يحصل فيه الخمر إلى المدينة الراسدة تحتية والمرقت وهو الخرف المظلي يترقت وهو الفير والتفريو غير الخسبة المذكورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثمرت عن زيادة القبول وروى ما قد تقدم في زيادة قهر آمنة ولا تفرقوا بين التمر والتمر أو عن علم الاشتباذ أن تمسكه فوق ثلاثة أيام فامسكوا ما بينكم وتزودوا (١٠٦)

ولو جمع في الطير بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحصل حتى يذهب ثلثاه من التمران كان يكتفي فيه بأدنى طخنة فعصر العنب لا بد أن يذهب ثلثاه في جميع جانب العنب احتياطاً وكذا إذا جمع بين عصير العنب وفتح التمر لقلنا ولو طبخ تفتح التمر والزبيب أدنى طخنة ثم أنقع فيه تفر أو زبيب أن كان ما أنقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ التبييض من مثله ولا بأس به وإن كان يتخذ التبييض من مثله لم يحصل كما إذا صب في المطبوخ قدح من النقع والمضي ثقلب جهة الحرمة ولا أحد في شربه لأن التحريم الاحتياط وهو الخدق درته ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحصل لأن الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالاشتراك في الماء والختم والمرقت والتفريو) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الأوعية فامر بواقي كل طرف وأن الطرف لا يحصل شيئاً ولا يجرمه ولا تشربو المكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النبي عنه فكان ناسخاً له وأما ما يتخذ فيه بعد تطهيره فإن كان الوعاء عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وإن كان جديداً لا يطهر عند مجيء التشرى الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثاً ويحفظ في كل مرة وهي مسألة ما لا يعصر بالعصر وقيل عن أبي يوسف ثلاثاً مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير يحكم بطهارته قال (وإذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خللاً في نفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحصل الخل الحاصل به أن كان التخليل بالقاشي فيه قولا واحداً وإن كان بغير القاشي فيه وله في الخل الحاصل به قولان لأن في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التناول والامتناع بالاحتساب ينافية ولنا قوله عليه السلام نعم الإدام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلدكم خل خمركم ولأن التخليل يزول الوصف المفسد وثبتت صفة الإصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والإصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ

ذهب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لأن ذهب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهب ما القطعي لم يثبت لأن عدم ذهب ما قطعي فلما لم يثبت ذهب ما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الزاذهب أقل منه ما بأن يذهب الماء أولاً واللاطافته قلنا بجرمة شرب ذلك العصير احتياطاً بناء على أن الحرمة تثبت بالاشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القصد بالثني وبين تعلقه بالثني في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحصل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لأن ماء الزبيب كماء التمر يكتفي فيه ما بأدنى طخنة وقد صرح بذلك القدروري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخنة حلال وإن اشتد انتهي أقول وقول القدروري بعده ولا بأس بالخلطين أظهر في ترويح نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طخنة حلال وإن اشتد انتهي أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الخل في الثاني

الخل هو تناول الخمال والتخليل الاحالة ولأن التخليل إصلاح المقصد باثبات صفة الإصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك وإصلاح المفسد أن لم يكن واجباً فلا أقل من الإباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه التخليل صالح للصالح والصالح للصالح اعتباراً بالتخليل بنفسه وبالذباغ

(قال المصنف لأن التمران كان يكتفي فيه بأدنى طخنة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما دعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول التماسحين وتبع الآخر الأولين

وقوله (والاقتراب لاعداد الفساد) جواب عن قوله ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لانه على وجه التمول بل المنظور اليه اعداد الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالاقتبال اولى لمافيه من احراز مال يصير حلالا في المال وهذا ظاهر وما بعده الامكان فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا تكون ارقها حين

(١٦١)

سأله أبو طحانة عن تخليل خمر أيتام عنده وباروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أحيب عن الاول بان ذلك في ابتداء الخمر بمقه الهام أن يحوموا حول الخمر كحرم الانتباه في الاوعية المسدودة مع تصريحه ثانيا بان الطرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثاني أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما في النهي عن اتخاذ الدواب كرامى فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا بأمر ونهي ونهون وطيعونهم قال نعم فقال هو ذلك فسر اتخاذ بالاستعمال دردى الخمر وغيرها ما بقي في أسفله ومعناه يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتناسط لانه تأثيرا في تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليق

والاقترب لاعداد الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لمافيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختمه من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يظهر ما يوز به من الاناء فأما علاءه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يظهر تبعا وقيل لا يظهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيمتخلل من ساعته فيظهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يظهر في الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب دردى الخمر والامتناسط به) لانه فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالخمر حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو ديرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيلا للداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يقيم الدواب وقيل لا تحمل الخمر الهام اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة ولو ألقى الدردى في الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لاعداده لما قلنا قال (ولا يحسد شربه) أي شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعي يحسد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قبله لا يدعوى كثير لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبهه غير الخمر من الاشربة ولا حذفهم الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصارت كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقتراها في الاحليل) لانه انتفاع بالخمر ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقعة لا تؤكل انجسها بهما ولا حد ما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ ويكره أكل خبز عجن بعينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

الحل في الاول وقد تشبث صاحب الغاية في ترويح نظره بقول القدرى الاول ولم يتعرض لقوله الثاني وكان صاحب السكا في فهم ركازة فيماد كره المصنفه هنا حيث غير عبارته في الصورة الثانية فقال ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر في قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب وهم وامن نفس المصنف أو من الناسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور في التعليل الذي ذكره هنا عن افادة المدعى في الصورة الثانية على كل حال ان لم يتعرض بالزبيب في التعليل قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع في نسخ الهداية هنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى في التمر والزبيب عني ما قال في المختصر انه يكفي فيه ما بدأ في طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقفي أثره العيني قلت ويؤيده ما ذكره في الفصل الثاني من كتاب الاشربة من المحيط البرهاني حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو البيذ ويحل شربه مادام حلوا أو ما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعي رحمهما الله لا يحل وروى هشام في نوادره عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

فصل في طبخ العصير قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر أخطه بالاشربة لتعليمه لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل

المستفاد من قوله كما في الكلب والميتة (ولا يحسد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعي قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

فصل في طبخ العصير لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر أخطه بالاشربة لتعليمه لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيا لالشرب وهو عجمي

قوله (وان كانا ذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال في النهاية كان محمدا علم أن العصور على نوعين منه ما لوصب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء ذهبان معا فغلي الجواب فيه تفصيلا وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصور وان كانا ذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (ففي الوجه الاول) يعني ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة ذلك شيخنا رحمه الله طرقت معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصور على ثلاثة أسهم لأنك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصور على ثلاثة أجزاء الى الثلث والثلثين فيكون الماسة والعصور ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب (١٦٨) يجعل كان لم يكن لأنه ما بقي العصور لا غير وثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب

لأن الذي يذهب زبداهو العصور وما يجازجه وأياما كان جعل كان العصور تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصور اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا فانه يطبخ واطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان المذهب الاول هو الماء والثاني العصور فلا بد من ذهاب ثلثي العصور وان كانا ذهبان معا تغلي الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيقبل لأنه ذهب الثلثان ماء وعصورا والثلث الباقي ماء وعصورا كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصور بانغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصور وعشرون دوارق من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لأنه ثلث العصور وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلي حتى يذهب الثلثان يحل لأنه أثر النار وأصل آخر أن العصور اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهرق بقية كمن يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما خرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصور يطبخ حتى يذهب رطل ثم أهرق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصور كاهو وثلاثة وثلاثون رطل وتضربه فيما بقي بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شيء وثلاث تسعة فتخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعمائة تعرف أن الحلال فيما بقي منه رطلان وتسعمائة وعلى هذا تخرج المسائل ما لم يذهب ثلثاه شرعيين كيفية طبخ العصور الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذي يذهب زبداهو العصور أو ما يجازجه وأياما كان جعل كان العصور تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شيء وهو أن وجه جعل العصور تسعة دوارق على تقدير أن يكون المذهب زبداهو العصور غير ظاهر اذا لا يكون حيث تفرق بين المذهب زبداهو من عشرة دوارق وبين الباقي منها في كونها عصورا فاجاز اعتبار بعض منها هو المذهب زبداهو في حكم العصور بل أهرق بوجه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا في حكم العصور عند ذهابه بالطبخ والظاهر في تعميل هذا الأصل أن يقال لان الذي يذهب زبداهو جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصور فصار كالماء فيه دوارق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد في الأصل عشرة دوارق عصور تصب في قدر فتطبخ فتغلي وتنفذ بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دوارق ثم يطبخ الباقي حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقي بعد الدوارق الذي أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدوارق زبد فجعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصور واذا لم يكن الزبد عصور يعتبر بما لو كان صب فيه دوارق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصور وهي تسعة

ثلثاه فقد ذهب ستة و مرة اثنان وقد ذهب ثمانية وبقى واحد وخرج الكل وقوله (وفي الوجه الثاني) يعني الذي يذهب الماء والعصور معا (يطبخ حتى يذهب عشرين ويبقى عشرة) لأنه يذهب بالغلجان ثلثا العصور وثلث الباقي ثلث العصور وثلث الماء فهي وما لوصب الماء في العصور بعد ما صار مثلها سواء وقوله (يحل) لأنه أثر النار مثله لو طبخ عصور حتى يذهب ثلاثة أسهم ويبقى تسعة ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى يذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لأنه صار مثلما بقوة النار فان الذي بقي من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو وما لوصب مثلها والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد سئل أن يصير مثلما غلي استند حتى يذهب بالغلجان شيء فانه لا يحل لان عشرين بعد ما انقطع عنه

فان لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة أرطال عصور الى أن يذهب ثلثاه) ففكرت أن الحلال ما بقي منه ولها (تسعمائة) وهذا لان الرطل المذهب بالطبخ في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي ان لم ينصب منه شيء تسعة أرطال ففكرنا أن كل من ذلك في معنى رطل وتسع رطل لان الرطل المذهب بالغلجان يقسم على ما بقي أنساعا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا في المعنى تسعة أرطال فيكون الباقي منه ستة أرطال وستة أسعاع رطل فيطبخ حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعمائة رطل

فان لم يجعل كان لم يكن لأنه ما بقي العصور لا غير) أقول قوله لأنه أي لان الشأن وللفظة ما في قوله ما بقي موصولة

وقوله (ولهاطر يق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغلبان من الحرام لانه انما يطبخ ليسذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثا عشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثا رطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثا رطل فإذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق للذاهب عينيا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهم على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثا رطلان وتسع أرطال ولو تمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسع الاحتياجل الى حساب له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسع أرطال

كتاب الصيد

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة (١٦٩) والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم

الاشربة لحرمتها واعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنها بحاسن المكاسب وسببها بخلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلالة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ لم يجعل آخر وخسة في المكاب أن يكون معلما

ولهاطر يق آخر وفيما اكتفيناه كفاية وهداية الى تخرج غيرهما من المسائل

كتاب الصيد

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفيناه كفاية وهداية الى تخرج غيرهما من المسائل) قلت فيه ايها لطيف الكتابية المسمى أحدهم ما بكفاية المنتهى والاخر بالهداية

كتاب الصيد

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور والنشاط في الآدمي الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظرا أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والاذا ذكر فيه كل أشربة بمباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا بذكر قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجهه ما حتى وقع لاجل الخلاف من بعض العلماء في حمله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة بجميع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المسائعات فمأعنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي يورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره هنا لا يناسب ما ذكر في أول كتاب الاشربة فانه قال هناك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر والنبي فقد جعل هناك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتها مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تناقولا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد وهو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

(٣٣ - تسكه ثامن) وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا أو لا بأكل منه وخسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بمجانحه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بأبوابه أو بجملته وأن يموت بهذا

كتاب الصيد

من في فصل جنابة الصيد من كتاب الحج تعريفاً للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما أن منها حلالا وحراما كذلك من الصيد وما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونها مع الشرب شبعنا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لانه لم يدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بقوله وان يقتله جرحا

قبل أن يصل إلى ذبحه كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وفيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكلب لا غير على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم كذا واشتغل بعمل (١٧٠) آخر لكن أدركه حيًا مذبحه وكذا إذا لم يعت به هذا الصك

وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما

أخذ الخطب ثم يراد به ما يصاد بمجاز إطلاق الاسم المصدر على المفعول وهو الممتع المتوحش عن الأذى بأصل الطلقة ما كولا كن أو غيره أكرل كذا في غاية البيان قال في الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرط خمسة في الصيد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الأرسال وأن لا يشاركه في الأرسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامداً وأن لا يشتغل بين الأرسال والاخذ بعمل وخمسة في الكلب منها أن يكون معلماً وأن يذهب على سنن الأرسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحاً أو لاياً كل منه وخمسة في الصيد منها أن لا يكون متقوياً بأن يسهل أو تحلبه وأن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من نبات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجمه أحياء أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه انتهى وذكر في هذه الشروط في النهاية وغاية البيان أيضاً نقلاً عن الخلاصة وذكر صاحب العناية أيضاً وقال كذا في النهاية منسوبة إلى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء في واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحاً انتهى أقول لاستدراك فيه لأن الشرط الذي أريد بقوله وأن يقتله جرحاً ليس مجرد قتله بل قتله جرحاً والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقاً فإنه لا يحل أكله حينئذ كما ستقف عليه وكذا الشرط الذي أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل إلى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل إلى ذبحه إذ لو مات بذلك بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه لم يحل أكله إن لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضاً ولا شك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحاً لا يغني عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل إلى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحاً بعد أن يصل المرسل إلى ذبحه حينئذ لا يحل أكله فلا بد من بيان الشرط الآخر أيضاً على الاستقلال وطعن صاحب العناية في جملة ما نقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكلب لا غير على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم كذا واشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيًا مذبحه وكذا إذا لم يعت به هذا الصك فإنه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره في علاوته بأن الكلام في شرائط حل الصيد المحض وهو الذي لم يدركه الصيد حينئذ ما لا يجرح آلة الصيد كالكلب والبازي والرمي وصار مذبحاً بالذبح الاضطرابي وما أدركه حيًا مذبحه لا يكون صيداً محضاً بل يصير للحق قابلاً لما يذبح بالذبح الاختياري فيكون خارجاً عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء في قول صاحب العناية فيه تسامح لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكلب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول انظر أن مراد صاحب النهاية بالاصطياد في قوله لأن هذا شرط الاصطياد لا كل هو الاصطياد الشرعي وهو ما كان حلالاً فيقول معنى قوله شرط الاصطياد إلى شرط حل الصيد فإن عد هذا تسامحاً فهو من قبيل التسامح في التعبير بناء على ظهور المراد ولا يبالى بثلثه بخلاف ما ذكره صاحب العناية من التسامح في كلام صاحب الخلاصة فإنه راجع إلى المعنى بتدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ما ذكره صاحب العناية في علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيده قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليقتل انتهى أقول لا يذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لا يدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذي حاصله التقصير في البيان فإنه لا وجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وتلخيص شرائط سائر أنواعه بلا ضرورة داعية إليه (قوله وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) مد التحريم إلى غاية فاقضى الإباحة فيما رواه ذلك العناية كذا

ذبحه فإنه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى وإذا حللت فاصطادوا فإن أدنى مرتبة الأمر الإباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فإنه يدل على الحل إذا زال الإحرام

(قوله قبل أن يصل إلى ذبحه) أقول والا لا يكون صيداً محضاً والكلام في حله (قوله وفيه تسامح) لأن هذا شرط الاصطياد لا كل بالكلب) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لا غير) أقول يعني لا غيره من سباع الطيور (قوله على أنه لو اتقى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيده قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليقتل (قوله وكذا إذا لم يعت به هذا) أقول ناظر إلى قوله وأن يموت بهذا قبل أن يصل إلى ذبحه (قال المصنف وقوله عز وجل وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما) أقول مادام لم تقتل فعل بجمه ثبوت مصدر خبرها للفاعل ذلك المصدر فأتت في قولك

اجلس مادام زيد قائماً أي أنه مؤقت جالس الخاطب بجمه ثبوت قيام أبي زيد وما التي في مادام مصدرية والمضارع الذي هو الزمان محذوف أي مدة دوام قيام أبي زيد كذا في شرح الرضوي

وفيه دلالة استدلال بفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولذا كرمكانه أحل لكم صيد البحر كن أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدي بن حاتم على ما ذكر في الكتاب ولم يرو خلاف لاحد في إباحته فكان إجماعاً وقوله (ولأنه نوع اكتاب والا ككتاب مباح كاحتطاب) استدلال بالعقل

فصل في الجوارح (ج) قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جساد والفاضل تقدم على المفضل قال (ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم الخ) ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم (١٧١) والفهد المعلم والباري المعلم وسائر الجوارح

المعلمة وهذا بعومه يتناول

الاسد والذئب والذب

والخنزير لكن الخنزير لا يكونه

نجس العين لا يجوز الانتفاع

به وكان ذلك معلوما لكل

أحد فلم يستثنه والبقية

ان أمكن تعليمها جاز

الاصطيد بهم الكهـم قالوا

لا يمكن تعليم الاسد والذب

لأن من عادتهما أنهم ما إذا

أمسك صيده الأيا كانه في

الحال والتعلم انما يتحقق

بترك الأكل فلا يعلم أنه ترك

عادة أو تعلمها ولأن التعليم

لأن يملك للغير والاسد لعول

همته لا يفعل ذلك والذب

لخساسته ولهذا استثناهما

أبو يوسف رحمه الله وألحق

بعضهم الحدأة بالذب لغنى

الخساسة وانما أورد رواية

الجامع الصغير لقوله ولاخير

فيما سوى ذلك أي فيما

سوى المعلمة من ذى الناب

والخيل فان رواية القدوري

رحمه الله تدل على الإثبات

لا غير ورواية الجامع الصغير

تدل على الإثبات والنفي

جميعا

(قوله وفيه منه نظره لانه

ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرك اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيره وعلى إباحته انعتد الإجماع ولأنه نوع اكتاب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استنباه المسكف وتمكينه من إقامة التكليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجوز به الكتاب فصلان أحدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطيد بالري

فصل في الجوارح (ج) قال (ويجوز الاصطيد بالكلب المعلم والفهد والباري وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذئ مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك كانه)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لانسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بصدد بيان الخاص لدفع المعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف في قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يظهرن

فصل في الجوارح (ج) قدم فصل الجوارح على فصل الرمي لأن آلة الصيد ههنا حيوان وفي الرمي جساد وللحيوان فضل على الجساد والفاضل يقدم على المفضل كذا في الشروح (قوله وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذى ناب من السباع وذئ مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولاخير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك كانه) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولاخير فيما سوى ذلك أي فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الإثبات والنفي جميعا انتهى أقول فيه شيء اذ قد صرحوا في شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشيء بالذات كروايات يدل على نفي الحكم عماء بالانفاق فرواية القدوري أيضا تدل على إثبات جواز الاصطيد بما ذكر ونفي جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدوري تدل على الإثبات لا غير اللهم إلا أن يكون مراده أن رواية القدوري تدل بمنطوقها على الإثبات لا غير وان ذات بفهومها على النفي أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الإثبات والنفي معالكن لا يظهر حينئذ في إيراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر في الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت إباحة الاصطيد بالكتاب لأن قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والذب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنا فتمكن فيه الشبهة كما عرف في الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظر لأن الخنزير مخصوص من النص المذكور بالهقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف في علم الاصول أن النص الذي خص منه شيء بالعقل لا يصير ظنا بل يكون قطعيا لكونه في حكم الاستثناء وقد أشار إليه

استدلال بفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول في التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمة المحرم المعلومة من قوله لاغير المحرم ويثبت جوازه لاغير المحرم بالإباحة الأصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا انتهى وفيه بحث اذ الكلام في حل الفضل ثم لو ثبت الجواز بالإباحة الأصلية لم يحتج الى الدليل وذلك لأن الأصل في الحل بالذبح هو الذبح الاختياري والاضطراري على خلاف الأصل

فصل في الجوارح (ج) (قوله فان رواية القدوري تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والأصل في ذلك) أي في جواز الاصطدام بالمد كور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لأنه معطوف على قوله تعالى أحصل لكم الطيبات أي أحصل لكم الطيبات وصدا علمتم وفيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وهما قد دل أن قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقدار ناله لم يكن ذكره على ما ينبغي ويجوز أن يكون (١٧٣) وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلاهما أمكن عليهما وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والثور والعقاب والصقور والبازي والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين أخرجوا السبات وأنما قال في تأويل لأنه في تأويل آخر هي التي تخرج من الجراحة والمكبلين بمعنى المسلمين فتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه وفيه إشارة إلى نفي ما ذهب إليه ابن عمر ومجاهد رضي الله عنهم أنه لا يجوز الاصطدام إلا بالكل مستدلين بلفظ مكبلين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم

(قوله لأنه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لأنه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلاهما أمكن فليفهم (قوله وفيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم) أقول ليس ذلك من القرآن في النظم لأن

والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب قال في تأويل المكبلين المسلمون فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي

المصنف بقوله فيما بعد والخزير مستثنى لأنه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الأسد والذئب فليس بأدخليين رأساً في النص المذكور لأنهم صرحوا بأن الأسد والذئب لا يصلحان للتعليم لأنهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا ينبغي أن تخصيص شيء من شيء فرع دخوله فيه أولاً فإذا لم يدخلا في النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصاً من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منهما من الكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيماً إذ قد تقرر في علم الأصول أن العام الذي أخرج منه البعض بكلام مستقل إنما يصير ظنيماً إذا كان المخرج موصولاً بذلك وأما إذا لم يكن موصولاً به فيكون قطعياً في الباقي ويطابق على مثل هذا الأخراج في عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيماً لا محالة تبصر (قوله والأصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين) وذلك لأنه عطف على الطيبات في قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أي أحل لكم الطيبات وصدا علمتم من الجوارح خذف المضاف كذا في الكافي والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم والجواب أن ذلك إذا لم يدل الدليل على القرآن وهما قد دل أن قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم فإن لم يكن وما علمتم من الجوارح مقدار ناله لم يكن ذكره على ما ينبغي انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الأول فلأن اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه في الحكم السابق واجب لا محالة مقرر في علم النحو بل لا ريب في إلزام في الآية المذكورة الاشتراك في حكم الإحلال ضرورة وقول الأصوليين القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ليس بانكاراً لمثل هذه القاعدة المقررة في علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة في النظم لا يوجب المقارنة في الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة في الحكم أيضاً وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثاني فلأن لقائل أن يقول إنما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقدار ناله أحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغي لو كان وما علمتم من الجوارح داخل تحت جواب قوله تعالى يسألونك ماذا أحل لهم ومن يقول أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاماً مستقلاً مسوقاً لبيان حكم جديد ولا فائدة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلاهما أمكن عليهما وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالجمل عليه أولى أقول في تقريره قوله فالجمل عليه أولى خلى لأن الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الأول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا ينبغي أن تعين معنى الآية أو يجرى أحدهم تخليماً لا يتوقف على تمام الاستدلال به بل الأمر بالعكس فإما معنى تقريره قوله فالجمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال في تأويل والمكبلين المسلمون فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي)

قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان في حكم الإحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالباً في الكلاب اشتق من لفظه) أقول فإن قيل ما الحاجة إلى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الأسد قلنا فيتناول الجوارح الطيور فالمراد بالكلب في قوله في الكلاب ما يعبر كل سبع بمقر رذيل فليست أملى (قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدي) أقول لكن لا دلالة فيه على عموم جوارح الطيور بخلاف الآية

وقال واسم الكلب يقع في اللغة على كل سبع حتى الاسد ومنه قوله عليه الصلاة والسلام في دعائه اللهم سلط عليه كاب من كلابك فاقرسه
الاسد وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله) متعلق بقوله فيتناول الكل بعومه وقوله (ولان آية تعليمه ترك ما هو مألوفه عادة) قيل
فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والتمرفاه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمتعمد هو الاول وليس بوارد
لانه انما ذكره فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا (١٧٣) أريد الفرق عموما فالمتعمد هو الاول

(قوله قيل فيه نظر) أقول
القائل صاحب النهاية
وصاحب الكفاية وصاحب
معراج الدراية (قوله وليس
بوارد لانه انما ذكره فرقا بين
البازي والكلب) أقول لا يخفى
عليك ما في ذكره من البعد
والركاكة فان كلا الدالين
لأثبت الفرق بين الكلب
والبازي واذا علم الكلب في
الاول اسما وذوات الناب ففي
الثاني يكون كذلك ولعل
الاولى أن يجاب بأنه لما
كانت ذوات الناب كلها جنسا
واحدا وكان أكثر ما يستعمل
منها في الصيد ألوف فمع أن
في طبع غيره آلاف أيضا
على ما تراه في الذئب والاسد
وغيرهما اذ يربى من صغره
في البيت بخلاف جوارح
الطيور وجعل الكل في حكم
واحد في التعليم يعني أدير
حكم التعليم على جنس
الكلب تنسيها كما في نظائره
فليتأمل (قال المصنف ولان
بدن البازي لا يحتمل الضرب)
أقول يعني لا يمكن تعليمه
بترك الاكل بالضرب حالة
الاكل وجنته لا تختمل
الضرب فاما جملة الكلب
فتمتله (قال المصنف

رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى
من ذلك الاسد والكلب لان غيرهما الاسد له لوهمة والكلب نخاسة وألحق بهما
بعضهم الحمد أو نخاسته وانخرير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد
من التعليم لان ما تلونان النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة
بالعليم ليكون عاملا فيترسل بارساله ويسلكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل
ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويحبب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله
عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمل فيضرب ليتركه ولان آية
التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفرد فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب
فهو ألوف يعتاد الانتاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك
الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان في ادونه مزيد الاحتمال فلهذا تركه
مرة أو مرتين شيعة فاذا تركه ثلاثا نادل على أنه صار عادة وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار
وابلاء العذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعوم حديث عدي بن حاتم أقول لا صحة
لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل
آخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجي في الكتاب وأيضا عوم حديث عدي لا ينافي التأويل الآخر
وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا فامعنى الاستدلال بعومه
على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما رويان من حديث عدي انما
هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما رويانه
من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في
كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطلياد بكل شيء علمته من ذئب من السباع وذئب محظ من الطير
فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعومه انما هو تناول لكل ما في المدعى ولا يخفى أن حديث عدي
لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكل
المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونان النص ينطق باشتراط
التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما
رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم
وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس
بظاهرا وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم الخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الأدلة الشرعية
كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفرد فكانت الاجابة آية
تعليمه وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتاب فكان آية تعليمه ترك ما لوفه وهو الاكل والاستلاب)

فيضرب ليتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصورة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة
الدليل الثاني في اتمام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لم يأكل اذ يعلم منه أن ترك الاكل
شرط في حل أكل الصيد فلا تنس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ دلالة نية على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى
على المتأمل والاعلم في الطير

كفي مدة الخبار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكسبي هو الذي يقع امارته على العلم دون القليل
والجمع هو الكسبي واداء الثلاث فقدر بها وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهاد ابر نصا وسماعا
ولا سمع فتعرض الى رأي المبتدئ به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحمل ما اصابه
ثالثا وعندهما لا يحمل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صبيد كلب جاحل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعليمه عنده فكان هذا صبيد
جائحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
(واذا ارسل كلبه المعلم أو بازيه وذ كراسم الله تعالى عنه مداره فأخذ الصبيد وجر حبه فبات حل
أكله) لما روي عن حديث عدي رضى الله عنه ولان الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهم ما بالارسال فنزل منزلة الرمي واهرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسيا حل أيضا على ما بينا وحرمة متروك التسمية عام في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانفساب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال

زئله (وفي بعض قصص
الاخبار) قيل أراد به حكاية
موسى مع الخضر عليه ما
الله لالة والسلام حيث
قال في الكرة الثالثة هذا
فراق بيني وبينك وقوله
(كما هو أصله في جنسها)
أي أصل أبي حنيفة رحمه
الله في جنس المقادير نحو
جنس الغريم وخذ النقاد
وتقدير ما غلب في نزح ماه
البئر المعينة وقوله (وله
أنه آية تعليمه عنده) أي
أن ترك الآلة علامة تعليمه
عند الثالث لانه انما يحكم
بكونه معلما بطريق تعيين
امساكه الثالث على صاحبه
واذا حكمنا أنه مسكه على
صاحبه وقد أخذ به بعد
ارسال صاحبه فيحمل وقوله
(فظاهر الرواية) يريد رواية
الزيادات فانه قال لو قتل
الكلب أو البازي الصيد
من غير جرح لا يحمل وأشار
في الاصل الى أنه يحمل
والفتوى على ظاهر الرواية

(قال المصنف كفي مدة
الخبار) أقول لا ينهض
هذا على مذهبهما

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأق في الفهم والتمرفانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعرّاج
الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأق في الفهم
والتمرفانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره
فرق بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول
ما قاله عند زبارد وتوجه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كذا كره المصنف فيما مر
انما والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههما هو العنق العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والايتم
أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق
عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالعتمد هو الاول كذا كره في عامة المعتمدين حتى المبسوط ثم ان بعض
الفضلاء بعد أن تبهم لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت
ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد أو لوفاع أن في طبع غيره الاف
أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذ اربى من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل
الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب بتدسيه كافي نظائره فليتأمل
اه أقول ليس هذا أيضا بصبيد اذ بعد ما تقر بأن الفهد والتمرفانه لا يتأق فيهما الا ان بل هما متوحشان
كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من
باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم اذ ذالك أن يحمل المتوحش على الاول وهو
غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شيء في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتمدين أن شمس
الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه وعدمها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك
فقد ظهر منه أن يحمل بدن الفهد بالضرب لا يجدي شيئا في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي
والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن
مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (في تأويل) يعني غير ما أولناه أولا وهو وقوله والجوارح الكسب واسب في دليل وذلك ما يدل على حقيقته بانه
ومخالفه فيحمل على الجارح الكاسب يعني يجمع في الآية بين التأويلين لعدم التناقض بينهما وذلك لان الأصل أن النص اذا أورد
وفيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناقض فيحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناقض ثبت الجميع أخذنا
بالمتيقن كافي وقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكفنن ما خلق الله في أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الخيض والصحيح أنهم ما مرادان أنه
لاتناقض ههنا وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركين الكسب (١٧٥) والجرح الذي تحصل به الجراحة

أو يكون حقيقة في أحدهما
بجاء في الآخر والمشتراك
لا عموم له والجمع بين الحقيقة
والجواز عندنا لا يجوز
بخلاف قوله تعالى ما خلق
الله في أرحامهن فانه لفظ
عام يتناول الجميع بالتواطؤ
وقوله (وفيه) أي في
الجارح الكاسب أخذنا
باليقين وقوله (رجوعا
الى التأويل الاول) يعني
ما سبق من الكسب
وقوله (وجوابه ما قلنا)
يعني قوله لا منافاة بينهما
وفيه أخذنا باليقينين

وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشترط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة
في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بانه ومخالفه ولا تناقض وفيه أخذنا باليقين وعن أبي يوسف أنه
لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فأبأ كل منه الكلاب أو الفهد لم يؤكل وان أكل
منه البازي أكل) والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه
(قوله وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشترط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة
بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بانه ومخالفه ولا تناقض وفيه أخذنا باليقين) وذلك لان
النص اذا أورد فيه اختلاف المعاني فان كان بينهما تناقض يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع
وان لم يكن بينهما تناقض يثبت الجميع أخذنا بالمتيقن كافي وقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكفنن ما خلق الله
في أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الخيض والصحيح أنهم ما مرادان أنه لاتناقض ههنا
لاتناقض بين الكسب والجراحة كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم
المشتراك في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث
قال وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركين الكسب والجرح الذي يحصل به الجراحة أو يكون
حقيقة في أحدهما مجازا في الآخر والمشتراك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والجواز عندنا لا يجوز
بخلاف قوله تعالى ما خلق الله في أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ الى هنا كلامه أقول
يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يجمع على الجارح الكاسب بانه ومخالفه أنه يجمع في الاعتبار
والعمل بين كلاهما كذا في النص المذكور من التأويلين لعدم التناقض بينهما وفيه أخذنا بالمتيقن اذ هو جدي
المجموع كل واحد منهما فأي منهما يراد في التظلم الشريف كان ما أخذنا في الاعتبار والعمل وليس مراده أن
كلا التأويلين يرادان معا بل لفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك في الاثبات والجمع بين الحقيقة
والجواز وصاحب العناية لم يعمه أن مراده هو الثاني قال في تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح
الكاسب يعني يجمع في معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعني يجمع في الاعتبار
والعمل بين التأويلين كما ثبت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة
والجواز أو عموم المشترك لان الجوارح اما أن تكون حقيقة في الكسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل
الجوارح أخص من الكسب فلو كان المراد بالكسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه
ليس بسد يد لان كون الجوارح أخص من الكسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور في السؤال اذ لا شك
أن مفهوم الأخص يغاير مفهوم الأعم ولا يلزم أن يكون الشيء أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان
ولاريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا
الابطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والجواز فيلزم أحد المحذورين المذكورين في السؤال قطعاً
على تقدير ارادتهم ما معان لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي) أقول في كلامه

(قوله وفيه نظر) أقول
سبق الى هذا النظر نظر
الاتقاني (قوله والجرح الذي)
أقول الظاهر أن يقال
والجرح الذي (قوله والجمع
بين الحقيقة والجواز
لا يجوز عندنا الخ) أقول
ويمكن أن يجاب عن هذا
النظر بحمل قوله على
الجارح الكاسب على المجاز
اما على طريقة ذكر السبب
وارادة السبب فيكون

المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة المتبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا
المعنيين فيستعار الثاني للاول ثم يشتق منه الفعل ولا يخفى عليه ذلك أو لوجه الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الاول
على الثاني بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معني المشترك في هذه الصورة كما جوز في النفي على ما سيجي
في الوصايا وعمل هنالك بعدم المناقاة أيضا (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيداً لاجبة أخرى لعدم وفائه
بتمام المدعى

فان قيل روى أبو نعلبة الخشني

(١٧٦)

وقوله (وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) يعني حديث عدي رضى الله عنه رضى الله عنه أنه عليه السلام قال له في صيد الكلب كل وإن أكل

منه وذلك دليل واضح لهم - أوجب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكوا مما أمكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أن كل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه إنما أمسك على نفسه وقوله (على اختلاف الروايات كما بينها ابتداء) أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيد التي أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أباحه يحكم بجبهه مستندا

(قوله أوجب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكوا مما أمكن عليكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه دلالة في الآية على النهي عن الأكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم المخالفة غير معتبر فإن المعارضة والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم - لا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ما ذكره) يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول فيه

بحث بل الظاهر أن المراد بنبوت التعليم عنه عند غلبة ظن الصائده معلوم وفي رواية أخرى موافقا لمذهب ما ثبت بتركها

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيد أول ما أكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلمي على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وأما الصيد التي أخذها من قبل فكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المقابلة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما

هذا ركا كذا لان ضمير هو في قوله وهو مؤيدان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره رد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلا فانه إنما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي وإذا دلت الفرق انما تكون بالدلالة عليهم ما معاوان كان راجعا الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد بما رويته من حديث عدي أن يؤكل من الكلب أو الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيننا في دلالة التعليم كان الكلام قلنا كذا لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) فان قيل روى أبو نعلبة الخشني رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وإن أكل منه وذلك دليل واضح لهما أوجب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكوا مما أمكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أن كل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه إنما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذنا من النهاية أقول رد على هذا الجواب أن قوله تعالى فكوا مما أمكن عليكم انما يدل على اباحة كل ما لم يأكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة كل ما أكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الأصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكوا مما أمكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه أيضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا يشكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندى في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحمل ما أكل منه الكلب وسد حديث عدي يحرمه وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعلنا محالة فوجب العمل بحديث عدي دون حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلمي على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء) قال صاحب العناية أراد ما ذكر أنه يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحمل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عند أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عند أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بينها بصيغة الجمع فكيف بتصور أن يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بينها في الابتداء وهو الاشارة الى ما ذكره فيما صرح بقوله ثم شرط ترك الأكل ثلاثا وهذا عندهما ورواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة حينئذ تتحقق الروايات وتنظم صيغة الجمع كما

وهما بقولان بالافتقار على ما كل لان ما أحرزه المالك حكم بأباحته باجتهاد وقد حصل (١٧٧) المقصود به وهو الاقرار فلا ينقض

باجتهاد آخر مثله بعده
والجواب ما قال وتبديل
الاجتهاد قبيل حصول
المقصود ولان المقصود هو
الاكل ومثل ذلك ينقض
باجتهاد آخر كبديل اجتهاد
القاضي قبيل القضاء وما
قال أبو حنيفة أقرب الى
الاحتياط وعليه مبنى الحل
والحرمة ولم يذ كر ما ذاباع
شيئا من صيوده المقدرة
والحكم فيه كالذي فيه
الخلاف اذا تصادق البائع
والمشتري على جهالة الكلب
وقوله (ولو أن صقرا فر من
صاحبه فكث حيناً ثم
صاد) يعني بعد ما رجع
الى صاحبه لم يؤكل وأما
قبل الرجوع اليه فلا شبهة
في حرمة ما صاده لانتفاء
الارسال ومسئلة الوثبة في
الكتاب معلومة وطوب
بالفرق بين ما وثب فأخذ
من صاحبه وأكل وبين
ما كل بعد ما قتل فان
الصيد كما يخرج عن الصيدية
بأخذ صاحبه جاز أن
يخرج أيضاً بقتله وأجيب
بأنه اذا لم يتعرض بالاكل
حتى أخذه صاحبه دل أنه
كان ممسكاً على صاحبه
وانتهاسه منه ومن لحم آخر
في مخلاة صاحبه سواء وأما
اذا كل قبل الاخذ فقد
كان ممسكاً على نفسه

أما بقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى
الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه
ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الاقرار فحرمانه احتياطاً وله أنه آية جهله من
الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم وتبديل الاجتهاد
قبيل حصول المقصود لانه بالا كل فصار كبديل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه
فكث حيناً ثم صاد لايؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب اذا كل من الصيد
(ولو نرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث
شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها
اليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيداً قصار كما اذا ألقى اليه طعاماً غيره وكذا اذا وثب الكلب
فأخذه منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد قصار كما اذا افترس
شأنه بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نرب الصيد
فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث
أكل من الصيد (ولو ألقى ما نربه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم ررب تلك البضعة
فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا كل ما بان منه وهو لا يحل
لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً بمسك نفسه ولان
نفس البضعة قد يكون لياكلاً وقد يكون حيلة في الاصطياد ايضاً فبقطع القطعة منه فيدركه فلا كل
قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

لا يتبني (قوله هما بقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر
عما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ههنا دلالة تاماً له ما فيه دل عليه أنه لو تم لدل
على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة أيضاً لجرى بان هذا الدليل في ذلك أيضاً مع
أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه
منه وأكل منه لانه ما كل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد قصار كما اذا افترس شأنه) قال صاحب
العناية وطوب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما كل بعد ما قتل فان الصيد كما يخرج
عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضاً بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه
صاحبه دل أنه كان ممسكاً على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا كل قبل
الاخذ كان ممسكاً على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها انقض
ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما كل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل
متش في صورة القتل أيضاً اذا الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضاً بقتله فلم يتحقق
الاكل من الصيد في صورتين معاً مع انهما مقرران في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق
بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة
المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير بحيث قال
فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا كل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل
وفي هذه الصورة وهي ما كل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما كل
من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقنا في الحكم والوجه فيه هو أن الفرق انما ينشأ بينهما من حدث
وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه
صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وهناك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

(قال المصنف لان الحرمة
لاتنسى) أقول فيه بحث

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يلزم ان يكون ميتا من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح قبل حل في قول أصحابنا جرحا وكذلك حكم البازي والسهم وذلك لانه قد رعى الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدر على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه ادمم الآلة أو ضيق الوقت فاما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح أولا فان كان لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل اذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصارت رآى الماء ولم يقدر على حصول المقصود بالبدل

(١٧٨)

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذبحه وان تركه تذكيره حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) لانه قد رعى الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود به اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصارت رآى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قد راعتبارا لانه ثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأنذر الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما لا ترى أنه لو وقع في الماء وهو به ذمة الحياة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبوح وفصل بعضهم فيه انفسه لا وهو وأنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاه الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

الاستعمال ووجهه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد راعتبارا لانه ثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أي اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فمنهم من يتمكن في ساعة ومنهم من لا يتمكن في أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فأنذر على ما ذكرناه من ثبوت اليد على المذبوح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لانه ميت حكما لا ترى أنه لو وقع في الماء وهو به ذمة الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبوح أي ليس بمحل للذبح فلم

أمكنه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلمي انتهى فانه طعن في التعليل المذكور في الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما في الحكم وبين وجه آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين نيتك المسئلةين ساقطة عما ذكر في الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحزره المالك لانه بقيت فيه ذمة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم لتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقي عدم الاحراز قبل أن يحزره المالك فبقي شيء من آثار الصيد ولوازمه بقي حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذبحه وان تركه تذكيره حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم) اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدوري في مختصره وقوله وكذا البازي والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازي فظاهر لان قول القدوري وان أدرك المرسل الصيد حيا تناول صيد الكلب وصيد البازي وليس فيه شيء يقتضي اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازي بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيحجى في باب الرمي مفصلا لا يري الى قوله هنالك واذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا خرج السهم فبات وان أدركه حيا ذكاه

ثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان اضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا لو قلنا وقع في يده وهو حي حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاه الاضطرار فان قيل وضعم المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون في المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذي يكون في المذبوح بمنزلة عدم لكون الصيد في حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أي ما ذكرنا من إقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاه فيما اذا كان بقاؤه متوهم

(قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها ولا لا يجب الذكاه كما يجي

أما إذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء بعد ما ذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هـ) هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا لأنه وقع في يده حيًا فلا يحل الأبد كآلة الاختيار رد إلى المستردية) أي اعتبارهما (هـ) الذي ذكرنا أنه لا يؤكل عندنا إذا شق بطنه وأخرج ما فيه (إذا ترك التذكية فأما إذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والطليخة والموقوذة والذي بقر (أي شق) الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) إذا ذبح حل عنده (١٧٩) وعليه الفتوى لقوله تعالى

الأم إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر من غير فصل (وعند أبي يوسف لا بد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فأما إذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد بن أبي عيسى فوق ما يعيش المذبوح يحل والأفلا لأنه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه (ولو أدركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لأنه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه ذبحه أكل) لأن السيد لم تثبت به والتمس من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لأنه ان كان فيه حياة مستقرة فالتذكية وقعت وقعه بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند أبي حنيفة رحمه الله ذكاه الذبح على ما ذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج إلى الذبح (وإذا أرسل كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لأنه أخذ بغير إرسال إذا لم يخصص بالمسار إليه ولأنه شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد إذا لا يقدر على الوفاء به إذا لم يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وهي مرة واحدة حالة الإرسال فلو قتل الكل يحل به هذه التسمية الواحدة) لأن الذبح يقع بالإرسال على ما بيناه وهذا شرط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لأن الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الأول فلا بد من تسمية أخرى حتى لو أجمع أحدهما فوق الأخرى وذبحهما معا مرة واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهذا فكم حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فذكاه يؤكل)

انتهى فلا حاجة إلى بيانه ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والأفلا لأنه لا يعتبر به هذه الحياة على ما قررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ما قررناه قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك إلى قوله لأنه ميت حكما أقول الحق ما قاله الشارحان الأخيران لأن قوله لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ما شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين ما يعيش فوق ما يعيش المذبوح وبين ما لا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلهما ما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما وقوله لأنه لا يعتبر به هذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو ما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فكيف يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ما قررناه ما يعيها معا بخلاف قوله لأنه ميت حكما لأنه تعليل لحل كل ما بقي فيه من الحياة مثل ما بقي في المذبوح لا فوق ما بقي في المذبوح وما لا يبقى فيه من الحياة فوق ما بقي في المذبوح مما لا يعيش فوق ما يعيش المذبوح فتنظم الإشارة إليه ههنا بقوله على ما قررناه (ولأنه) أي شرط التعيين

(شرط غير مفيد لأن مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة إلى هذا المقصود سواء كان قبل قد يكون مقصوده صيد أم عينا أوجب بأنه متعذر إذا لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله (على ما بيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الإرسال والرمي وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أي عند الإرسال

وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا) أى بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام
الحلال وهما ثلاثة فنصول أحدهما اشتراكه فيه الكلبان في الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثاني ما اشتركا فيه في
الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة (١٨٠) لان جهة الحل أرجح لان العلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا في

لأن مكنته ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاده وولواخذ
الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكل جميعا) لان الارسال قائم لينة قطع
وهو بمنزلة ما لورى سهم الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول جثم عليه طويلا من النهار
ثم مر بصيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني) لان قطع الارسال بكنهه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما
كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله
فانه يؤكل) وهذا اذ لم يكت زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة لتكمين لما يئمنه في الكلب
(ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدري أرسله انسان أم لا يؤكل) لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر
الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على أنه لا يحل بالكسر وعن أبي حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس
بأكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينهض سببا لانهاار الدم
ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبهه التخنيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر
اسم الله عليه ويديه عدل لم يؤكل) لما رويناه في حديث عدى رضى الله عنه ولأنه اجتمع المبيع
والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا واحتياطا (ولورده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات بجرح
الاول بكرمأ كاه) لوجود المشاركة في الاخذ وفقد هاتى الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى
بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى
الكلبين لوجود المجانسة (ولولم يرد الكلب الثاني على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على
الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لان فعل الثاني أثرى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا
فكان تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبعية بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصتربعا
فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر
الاعراض بالصباح عليه وبالنزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه وأمثلة كفى نسخ
الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسل مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل)
لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته
كالمرتد والمحرم ونارك التسمية عامدا في هذا معتزلة المجوسى

شئ لكن الثاني أشد أى
جمل على الاول حتى
اشتد على الصيد وفيه
الاباحة لان الثاني لم
يشارك الاول فى شئ من
الصيد وانما أثرى الكلب
المرسل دون الصيد فكان
فعله تبع الفعل الاول لانه
بناء عليه فلا يضاف الاخذ
الى التبعية قال (واذا
أرسل المسلم الخ) الاصل
فى هذا أن الفعل يرفع
بالاقتوى والمساوى دون
الادنى فاذا أرسل المسلم
كلبه وزجره أى أغراه
المجوسى حل أكله لعدم
اعتبار الزجر عند الارسال
لكون الزجر دون لبنائه
عليه وفوقه بالمحرم اذا
زجر كلب حلال فانه يجب
عليه الجزاء وأجيب بأن
الجزاء فى المحرم بدلالة النص
فانه أوجب عليه الجزاء
بما هو دونه وهو الدلالة
فوجب بالزجر بطريق
الاولى (واذا أرسل مجوسى
فزجره مسلم فانزجر لم
يؤكل كذلك ولهذا) أى
ولان الزجر دون الارسال
(لم يثبت به) أى بالزجر
(شبهة الحرمة) يعنى فى
الصورة الاولى مع أن
الحرمة أسرع ثبوتاً للغلبة

ندبر تفهم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله كفى نسخ الآى والزجر دون الارسال
لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لآ أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة فى اثبات
الحرمة أو شبهها انتهى أقول ليس هذا وارد لان الارسال أصل والزجر تبعية والتبعية لا يعد مشاركة
للاصل فى ترتيب الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثاني أثر
فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبع الفعل لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ
الى التبعية انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية تجرد المشاركة فى اثبات الحرمة
أو شبهها بل لابد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق
واما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له فى الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة اللاحقة حيث
قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

(وان)

الحرمة على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع عما هو فوقه أو مثله) أقول لآ أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة فى اثبات الحرمة
أو شبهها (قوله وفوقه) أى بالزجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء أقول ولولم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانقلاط) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لان ان كان دونه) يعني ان الزجر جازان كان دون الانقلاط من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصل الزجر ناسخا وهو متأخر فيجوز فعل ناسخا وقوله (وقد) أي جرحه جراحة أختته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الانقلاط الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الانقلاط ملحق

(١٨١)

بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عقوه وقوله (يجرح النكاب الاول) يعني أنه لا يؤكل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا يجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

﴿فصل في الرمي﴾

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي (ومن سمع حسافظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) طبيعا متلافاً تبين أن السموع حسه آدمي أو بقراً أو شاة لم يحل الطهي المصاب مثلاً في قوله - جميعاً لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمي الى آدمي عالم به فأصاب صيداً فإنه لا يؤكل (وان

وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانقلاط لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصل ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسعى فأدركه فضربه ووقضه ثم ضربه فقتله أو كل وكذا إذا أرسل كلبين فوقه أحدهما ثم قتله الآخر أو كل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم بفعل عقوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فوقه أحدهما وقتله الآخر أو كل) لما بيننا (والملك الاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الآن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية فيجرح الكلب الاول

﴿فصل في الرمي﴾ (ومن سمع حسافظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلباً أو بازياً عليه فأصاب صيداً تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحة

في العناية وفوقض بالحرم اذا زجر كلب حلال فإنه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فإنه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فإنه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينتقض به الأصل الذي ذكره من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الأصل الذي ذكره انما هو على موجب القياس وجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الأصل المذكور المبني على القياس تفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فأنزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانقلاط) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعاً بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعاً بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآية قالوا وجهه ههنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانقلاط في القوة والضعف وتعليل المصنف آياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث أنه بناء عليه فهو فوقه من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فصل ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

﴿فصل في الرمي﴾ لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية

تبين أن السموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان السموع حسه يعني سواء كان ما كوال اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن السموع حسه اذا ظهر خنزير لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة السموع حسه (ملا يؤكل لانه لان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو والآدمي سواء

﴿فصل في الرمي﴾ (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل فصله

(وجهه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كول) وما هو كذلك فالأ كول وغيره بالنسبة إليه سواء فإذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطياد الذي الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد إباحة المصايد بشرط قبوله بالإباحة حتى لو لم يقبلها كما إذا كان خنزيراً لم تثبت الإباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطياداً مباحاً إذا قلنا أن كان مما يحل تناوله تثبت إباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وإن كان مما لا يحل تناوله تثبت إباحة جلده ثبت أن فعله وقع اصطياداً وإباحة التناول وغيره مما يتعلق بالحل ليس بخروج عن ذلك وإذا وقع اصطياداً كان كانه رمي إلى صيد فأصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفاً وقوله (لان الفعل ليس باصطياد) إذا لا صطياداً بارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا قال الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق أي الممسود بالوثاق بمنزلة أي بمنزلة الآدمي لما يئس أن الفعل ليس باصطياداً ثم إذا جهل توحش المقصود برميته يعتبر فيه الأصل وعلى هذا يخرج المسئلان المذكوران في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما) يشير إلى أن كون ما تبين حسه من الصيد ومن شرطه أن يكون حل أكاه (١٨٢)

وجهه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالآ كول فوقع الفعل اصطياداً وهو فعل مباح في نفسه وإباحة التناول ترجع إلى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لما وجد أو قد لا تثبت إذا لم يقبله وإذا وقع اصطياداً صار كانه رمي إلى صيد فأصاب غيره (وان تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد) لان الفعل ليس باصطياد (والظبي الموثق بمنزلة) لما يئس (ولورمى إلى طائر فأصاب صيداً رمى الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولورمى إلى بغير فأصاب صيداً ولا يدري ناذ هو أم لا لا يحل الصيد) لان الأصل فيه الاستئناس (ولورمى إلى سمكة أو جراد فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف) لانه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما (ولورمى فأصاب السموع حسه وقد ظنه آدمياً فإذا هو صيد يحل) لانه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حسا ظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصايد مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصايد والقياس اما شمول الحمل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

وقد مر وجه تقديم الاول (قوله والظبي الموثق بمنزلة) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذه التفسير ليس بجيد إذا الظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الأهلي دون الآدمي إذا لمنااسبة بين الإنسان والحيوان بخلاف الحيوانات فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالأدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والظبي الداجن الذي يأوى البيوت والظبي الموثق بمنزلة إذا لفرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والظبي الداجن الذي يأوى البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلة علم أن المراد ليس بمجرد أن لا يكون صيداً بل الاشتراك في بعض الاحوال أيضا فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلة ما ذكره صاحب العناية حيث قال أي الظبي

أنه لما حل المصايد مع اقتران ظنه بأنه آدمي فبما إذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى وأولاه لم يقع فعله اصطياداً انظر إلى قصده قال فلا يحل المصايد ههنا وحل هناك ذلك لأجيب بأن الفرق ما أشار إليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعيين كونه صيداً أو بهيمة أن في المسئلة الاولى أصاب سهمه غير السموع حسه والسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجهاً إلى غير الصيد تنظراً إلى فعله الذي توجه للسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطياداً وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكاه لانه عدم فعل الاصطياد وأما ههنا فافهمه أصاب عين السموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر بظنه ذلك المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن إذا وقع مخالفاً لحقيقته فعله كان الظن الغوا فحل كل المصايد لوجود فعل الاصطياد وقوله (على ما يئس) يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ (قوله والظبي الموثق أي الممسود بمنزلة أي بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الاولى أي بمنزلة الاهلي (قوله نظر إلى فعله الذي توجه إلى السموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضاً مخالفاً لحقيقته فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيداً

وقوله (فتحامل) التحامل في المشي ان يتكافه على مشقة واعياء يقال تحاملت في المشي وقوله (حتى أصابه ميتاً كل) قيل اذا وجدته وفيه جراحة سهمه لا غير وأما اذا وجدته وفيه جراحة أخرى فليس له أن يأكله ترك الطلب أو لم يترك كما ينبغي دلالة ظهور لموته شيئاً أحدهما بوجوب الحل والآخر بوجوب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤكل لانه ظهر لموته سبب وهو ما كانت معه من الرمي والخكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالجرح انساناً فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوماً والموهوم في هذا كالتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها قاله حين أهدي رجل اليه عليه السلام صيداً فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت في طلبه حتى حال بيني وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتاً وفيه ضربا في وهو الرمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدري لعل هوام الارض قتلتها الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قد عن طلبه ثم وجد ميتاً وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان في طلبه أيضاً أجاب بقوله الا أنا اسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن الاصطيد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان الاحتراز عن توارى يكون بسبب عمله وقوله (والذي روينا به حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يمت يحل) يعني وان رأى فيه أثر سبع واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكأنه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالباً ووجه كون ما روينا به حجة عليه انه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراعي فان قيل ان كان ما روى عنه عليه السلام من كراهته أكل الصيد اذا غاب عن الراعي حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلتها حجة له على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الأصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل (١٨٣) الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراماً

(قوله كالجرح انساناً ولم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلاً) أقول لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله) وهو كما يدل على حرمة ذلك (الخ) أقول في دلالة على التحريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أي حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً يؤكل) لما روى عن النبي عليه السلام أنه كره أكل الصيد اذا غاب عن الراعي وقال لعل هوام الارض قتلتها ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فيما ينبغي أن يحل أكله لان الموهوم في هذا كالتحقق لما روينا الا أنا اسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطيد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان الاحتراز عن توارى يكون بسبب عمله والذي روينا به حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يمت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المصيد بمنزلة الطير الداجن الذي يأوى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً يؤكل) قال الزيلعي في شرح الكنز وجعل قاضيان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع

الموهوم كالتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا دليلاً مستقلاً قال المصنف والذي روينا به حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يمت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل قاضيان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره بما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضي الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أصميت والاصماء ما رأته والانعام ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه رآه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله والذي روينا به حجة على مالك في قوله وان توارى عنه اذا لم يمت ليلة لا يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضاً لقوله في أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقه أصحابنا ولو لجل ما ذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا في شرح الزيلعي أما نص عبارة قاضيان فهى والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطاً بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليله الذي ذكره من كونه شرطاً بخصوصه فأمره سهل اذا مراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقريضة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففيه ضرورة فليست أملاً وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضي الله عنهما (قوله ووجه كون ما روينا به حجة عليه أنه كره أكل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلتها حجة له على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أثر سبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرماً فمما اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرماً والظاهر أن يقول فكرهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف (١٨٤) فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رى الغير فاعتبر

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يخل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر بحر ما يخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال (واذا رى صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المنزلة وهي حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرمي اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رمية في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء كل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سداب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتماعا وممكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجيح جهة الحرمة احتياطاً وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده بجرى عدمه لان التكليف بحسب الواسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آخرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتزدى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوق على ربح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آخرة لاحتمال أن حده هذه الاشياء قتله وبما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو بئنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليهم الآن وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكم الشهيد وجعل المروى في الاصل على غير حالة الانشقاق وجعل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وجعل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائة فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء كل وان انغمست لا يؤكل كل

ما أغتيت والاصماء ما رأته والانعام ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزبلي فان الامام فاضلخان لم يجعل في فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الأمرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعني الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أولاً ولا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يخل لقول ابن عباس رضى الله عنهم ما كل ما أصبت ودع ما أغتيت والاصماء ما رأته والانعام ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أولاً ولا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معاً أو ما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يخل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقربة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامي فكان في اعتبار عدم التوارى مطلقاً حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام في طلبه ضرورة أن لا يعزى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لا مكان التحرز عن توارى يكون بسبب عمله وذ كرفى الشروح والكافي انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على جبار وحش عقير فبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتى صاحبه فخرج رجل فقال هذه رميتي وأنا في طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء كل) قال في العناية أخذ من النهاية يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كجد الرح والقصة المنصوبة على ما سيجي انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذا لظاهر أن الوقوع على

بحر ما يخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل بحر ما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رى صيدا فوق في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المنزلة وهي حرام بالنص ولانه احتمال الموت بغير الرمي اذا الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضى الله عنه وان وقعت رمية في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء كل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سداب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتماعا وممكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجيح جهة الحرمة احتياطاً وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده بجرى عدمه لان التكليف بحسب الواسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آخرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتزدى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوق على ربح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آخرة لاحتمال أن حده هذه الاشياء قتله وبما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو بئنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليهم الآن وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذ كرفى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصحة الحاكم الشهيد وجعل المروى في الاصل على غير حالة الانشقاق وجعل شمس الأئمة السرخسي رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وجعل المروى في الاصل على أنه لم يصبه من الآخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائة فان كانت الجراحة لا تنغمس في الماء كل وان انغمست لا يؤكل كل

وفي الجلة فليس في المسئلة رايان وهذا أي ما فعله شمس الأئمة أسخ لان المذ كور في الاصل مطلق فيجوز على اطلاقه وجعله على غير حالة الانشقاق فيحوج الى الفرق بين الجبل والارض في الانشقاق فانه لا ينشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكرناه في معناه

وقوله (كما اذا وقع أي غير المائي في الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يغشى عرضا فيصيب بعرضه لا بعدد والبندقية طينة مدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخزق) بالزاي المعجمة تخزق المعراض (١٨٥) أي نفذ وبالراء المهملة خنأ وقوله

(وكذلك ان جرحه) يعني اذا رماه بجرحه فان كان نفصلا وبه حدة قالوا لا يؤكل لاحتمال أن قتله بنقله وان كان خفيفا وبه حدة أو كل والمسروعة جرح أبيض رقيق كالسكين يذبح به واللهم يستعمل عقبيه الا اذا كان المستثنى عزيرا نادرا ايذا بأنه بلغ في السدرة حد الشذوذ وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبي القاسم الصفار ووجهه أن الدم المحس لم يسل فلا يكون معنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبي بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبنة واللحسين والدم قد يحتبس لغلظه أو لضيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه) يريد به قول أبي القاسم الصفار فانه شرط سبيلان الدم قال (وان رمى صيدا الخ) اذا قطع بالرمي عضوا من الصيد أكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤكل العضوان أمكن حياته بعد الابانة وان لم يمكن أكله وقال الشافعي وهو مذهب ابن أبي ليلى ان مات الصيد منه أكل لانه ميان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حل المبان

كما اذا وقع في الماء قال (وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحدته فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال (ولا يؤكل كل ما أصابته البندقية فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك ان رماه بجرحه قالوا تأكله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بنقله وان كان الجرح خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الجرح خفيفا ووجهه طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولورماه بمروحة حديدية ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بمها فابان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بشقل الجرح كما تنقطع بالقطع فوق الشك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولورماه بصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلالا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه عنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح يثبت كالمصيده الا اذا كان مضافا الى الثقل يثبتين كان حراما وان وقع الشك ولا بد من مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحدته بجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بعقبه بحدته لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولورماه بجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذا ذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأقرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاة ولم يسلم منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنيه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال (واذا رمى صيدا أو قطع عضوا منه أكل الصيد) لما بيناه (ولا يؤكل كل العضو) وقال الشافعي رحمه الله أكلان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان

نحو حد الرمح والقصة المنصوبة ليس بوقوع على الارض واللهذا جعل المصنف الاول قسما للثاني فيما سيجي وهو عدد الاول مما يمكن التحرز عنه والثاني مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ما وقع على نحو حد الرمح والقصة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعني اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصة المنصوبة على ما سيجي (قوله وان لم يكن مدميا فكذا ذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم) أقول بردي على ظاهر هذا التعليل أنه قد تقرر في كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم المحس وان الجرح في أي موضع كان من البدن ذبح اضطراري يصار اليه عند الجرح عن الذبح الاختياري وهو الجرح فيما بين اللبنة واللحسين وان في كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختياري أعمل فيه من الاضطراري فكون الدم محتبسا بالضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضي حل أكل الجروح بالرمي بدون الادماء بل يقتضي حرمة بناء على عدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هذا التعليل أن الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجه ففي اعتبار الادماء جرح فاكتفى بما هو سببه في الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأقرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول لما نعت أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عدم القول بفهوم المخالفة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

(٣٤ - تكمله ثامن) قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأقرى الاوداج فكل شرط الانهار (الخ) أقول قال الاتقاني وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفي ذكاة الاضطرار كما لا يشترط فرى الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذا ملازمة بينهما وعدم اشتراط الاول في ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل في الثاني

(والبيان منه كما اذا ابين الرأس بكاه الاختيار) رذيث لان قطع أى عضو كان في ذكاه الاضطراب كقطع الرأس في ذكاه الاختيار والراى
 يؤتى في ذكاه الاختيار فكذلك المبدأ والمبدأ في ذكاه الاضطراب (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما ابين من الحى فهو ميت) ووجه
 الاستدلال انه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والحكى حقيقة وحكم والعصا المبان بهذه الصفة يعنى
 ابين من الحى حقيقة وحكم اما حقيقة فقيام الحياتة واما حكم فلا يتوهم حياته بهذا بانه هذا العضو وانما أى ولكونه حيا حكم
 اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء (١٨٦)

والبيان منه كما اذا ابين الرأس بكاه الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاه (ولنا قوله عليه
 السلام ما ابين من الحى فهو ميت) ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكم والعضو
 المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياتة فيه وكذا حكم لانه يتوهم سلامته بعد هذه
 الجراحة وهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع في الماء وفيه حياته بهذه الصفة يحرم وقوله ابين
 بالذكاه فلنا حال وقوعه لم يقع ذكاه لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياتة فيه
 ولا تبعية لزالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة وحكم لا يحل
 والمبان من الحى صورة لاحكم لا يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبح فانه
 حياة صورة لاحكم وله هذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطع لا يحرم
 فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع بدا أو رجلا أو فخذ أو ثلثة عظام أو أقل من نصف
 الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياتة في الباقي (ولو قد به نصفين أو قطعه أثلاثا
 والاكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى
 صورة لاحكم اذا لا يتوهم بقاء الحياتة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فهو ميت
 الا أن ميتته خلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة فبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا
 الصنيع لابلأغه الخناوع وان ضرب به من قبل الذقان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع
 الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع بدا أو رجلا ولم يمت به ان كان يتوهم الانشام والاندمال فاذا مات
 حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقى متعلقا بجذعه حل ما سواه لوجود الابانة معنى
 والعبرة للعانى قال (ولا يؤكل صيد الجوسى والمرتد والثوى) لانهم ليسوا من أهل الذكاه على بيناه
 في الذبايح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهم ما من أهل الذكاه اختيارا فكذا
 اضطرابا

فى الماء وقوله (أبين
 بالذكاه) ذكره لا يجب عنه
 بقوله فتنا وتقرر به سلما
 ان ما ابين بالذكاه يؤكل
 ولكن لانه ذكاه دوننا لان
 هذا الفعل هو ابانة العضو
 حال وقوعه ليس بذكاه
 لبقاء الروح فى الباقي على
 وجه يمكن الحياتة بعده اذ
 النضرى ذلك والجرح
 يعتبر بذكاه اذا مات منه
 أو يكون على وجه لا يمكن
 الحياتة بعده وهذا الوجه
 وفيه من الحياتة فوق ما فى
 المذبح لابد من ذبحه
 وعند زوال الروح وان
 كان ذكاه بالنسبة الى
 الصيد لكنه ليس بذكاه
 بالنسبة الى المبان لعدم
 تأثيره فى موته لفقدا الحياتة
 فيه حينئذ فان قيل
 فليكن ذكاه المبان بتبعية
 الاكثر اذا مات من ذلك
 القطع أجاب بقوله
 ولا تبعية يعنى الأقل يتبع
 الاكثر اذ لم ينفصل عنه
 وهما قد انفصل فرالت
 التبعية والاصل المذكور
 فى الكتاب ظاهر وقوله

بوجه آخر حيث قال وهو ذا ضعيف عندي لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا
 وفى ذكاه الاضطراب لا يشترط فرى الاوداج فكذلك لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسيدي
 لان عدم اشتراط فرى الاوداج في ذكاه الاضطراب لا يميز عنه ولزوم الجرح فى اشتراطه وهذا غير
 متحقق فى الانهار اذ لا يميز عن الجرح بل ارب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار فى الغالب فلا جرح فى
 اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما ابين من الحى فهو ميت
 ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكم والعضو المبان بهذه الصفة) قال الشراح يعنى انه ذكر
 الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكم والعضو المبان بهذه الصفة
 أى ابين من الحى حقيقة وحكم أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة فى السنة
 الفقهاء وكتب أصحابنا لكم المخالفة فى الظاهر لما تقرر فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجري على

(والاكثر مما يلى العجز) احتراز عما اذا كان الاكثر مما يلى الرأس فانه يؤكل الاكثر لا غير وهذا لان الاوداج
 من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكاه لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجرح مبان عند ذلك وما اذا
 أبان الثلث مما يلى الرأس فقد وقع الذكاه بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا للباقي ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد
 الجوسى) مبان ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل الذكاه الاختيارية ولا بد منها فى اباحة الصيد
 (قوله وتقرر به سلما الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشنّه الخ) اعلم أن الرجلين إذا رميا صيدا فذاك ينقسم إلى قسمين إما أن يرمياه معا ومتعاقبا والاول على
أوجه فانه اذا رمياه معا فاما أن يصيب أحدهما أولا فانا أن يشنّه قبل اصابة الثاني أولا والثاني كذلك فانه اما أن
يرماه الثاني قبل اصابة السهم الاول أو بعده فان كان الثاني فاما أن يشنّه الاول أولا ولم يشنّه والاول بوجهه والوجه الاول من الثاني
غيره مذكور في الكتاب وأنا إذ كر ذلك تكله للافادة فان رمياه معا وأصابا معا فثلاثة فهو لهما جميعا ويؤكل كل واحد منهما رمى إلى
صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحال الرمي فانه كان صيدا حال رميه مافيق فعل كل واحد منهما مذكاة وأصابا الرمي متعاقبا مستويا
في السبيته وذلك بوجوب المساواة في الملك وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فاشنّه أي أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم
أصاب سهم الآخر فقتله فهو الاول وحل أكله عندنا خلافا لفرهوي يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني أصابه وهو غير متمتع فصار كالمو
رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالحمل تنبجيه ولهذا تعين التسمية (١٨٧) حالة الارسال والارسال قد حصل

منهما والحمل صيد فله يتعلق
بالثاني حظر وللثالث حالة
الاتصال لان الملك يتصل
بالحمل وسهم الاول أخرجه
عن حيز الامتناع فأكله
قبل أن يتصل به الثاني وان
لم يشنّه فهو للثاني وهو
ظاهر وان رماه الثاني بعد
مارماه الاول قبل أن يصيب
سهمه وهو الاول من
القسم الثاني في حكمه حكم
ما لورمياه معا هو لهما
وحل أكلهما والمذكور
في الكتاب فقد آمن
المصنف في بيانه ونشير إلى
بعض ألفاظه ان خفي
فقوله (هذا) إشارة إلى قوله
ولم يؤكل

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يشنّه ولم يخرج به عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل كل)
لانه هو الاخذ وقد قال عليه السلام الصيدين أخذ (وان كان الاول أشنّه فرماه الثاني فقتله
فهو الاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة لا بقدره على ذكاة الاختيار يشنّه لاف
الوجه الاول وهذا اذا كان الرمي الاول بحال نجومنه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا إلى الرمي
الثاني وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح
كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف إلى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول
بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أو دونه
فعلى قول أبي يوسف لا يحرم بالرمي الثاني لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم
لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان
الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثاني ضامن لقيمه الاول غير ما نقصته جراحته)
لانه بالرمي أتلف صيدا مملوكا لانه ملكه بالرمي المتخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم
الاتلاف قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا إلى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا
للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمه كمالا كما اذا قتل عبد امرىضا

اطلاقه كما أن المقيد بحرى على تقيده فتأمل في التوفيق (قوله قال رضي الله عنه تأويله اذا علم أن القتل
حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل
المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولاه امره فيمقابل بقوله وهذا اذا كان الرمي الاول بحال نجومنه
الصيد يرى مستدر كالان مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة في مختصر القدرى وهى
قوله وان كان الاول أشنّه فرماه الثاني فقتله لم يؤكل والثاني ضامن لقيمه الاول غير ما نقصته جراحته
انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمي الاول بحال نجومنه الصيد تعين أن يكون
أيضا قوله والثاني ضامن لقيمه الاول غير ما نقصته جراحته فيما اذا كان الرمي الاول بحال نجومنه
الصيد لان قوله والثاني ضامن لقيمه الاول فرع قوله لم يؤكل فصار مشروط في الاصل شرط في الفرع

(قوله فان أصاب فاما أن
يشنّه قبل اصابة الثاني أولا
والثاني كذلك) أقول يعنى
اذا رمياه متعاقبا (قال
المصنف أما اذا كان الاول

بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح) أقول الاظهر أن يقول فان لم يبقى فيه من الحياة الا بقدر
ما يبقى في المذبوح يحل الخ وان بقي فيه أكثر مما يبقى في المذبوح الخ فان ما ذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال
لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمي) أقول اعتبارا بحال الرمي هنا ليس لاندواعه بحالة الاتصال لم يحل فانه في تلك
الحالة أيضا صيد مباح بل يكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل ساقهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعنى
الاتصال بالحمل (قوله والحمل صيد) أقول الواو حالية (قوله وللثالث حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل في قوله ونحن نعتبر للحل (قوله
وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية (قوله وان لم يشنّه) أقول معطوف على قوله فأشنّه أي أضعفه الخ (قوله حكمه حكم ما لو
رمياه معا هو لهما وحل أكله) أقول لا بد ههنا من تفصيل فان ما ذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثاني بعد اصابة الاول
فاما أن أشنّه الاول أو لم يشنّه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكركم الحلال وحكمه انه لم يدو كل لان احدي الرمييتين تعلق به الخطر والاخرى تعلق به الاباحة وانما لم يذكر المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورته الجواز وهو أن لا يدري أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهراً فيضاف اليهما قيل كان لا يجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف (١٨٨)

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجزوء الجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لجه أما الاول فلانه جرح حيواناً مملوكاً كالغدير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولاً وأما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوكاً لغيره فيضمن نصف قيمته مجزوءاً بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً وأما الثالث فلان الرمي الاول صار بحال يحصل بذلك الاختيار لولاي الرمي الثاني فهذا يرمى الثاني أنفسه وعليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماء الاول ثانياً فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيداً على قلة جبل فأنقذه ثم رماء ثانياً فأنزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطيد ما يؤكل كل لجه من الحيوان وما لا يؤكل كل) لا طلاق ما تلونا والصيد لا يختص بما كول اللحم قال لهم

صيد المملوك أرانب و ثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال
ولان صيده سبب لانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاسه فباع شره وكل ذلك مشروع
كتاب الرهن

أيضاً واذا علم أن الرمي الاول كان بحال ينحوم منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمي الثاني فلا حاجة الى التأويل الثاني ثم أقول في الجواب ان كون الرمي الاول بحال ينحوم منه الصيد انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرمي الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرمي الثاني وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون في حالة الاجتماع ما لا يكون في حالة الانفراد وهو ادا المصنف بالتأويل الثاني التقيد بما علم كون القتل حاصل بالرمي الثاني وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولا يفيد التأويل الاول لهذا التقيد لان القيد الذي ذكره أولاً أعم تحقّقاً من القيد الذي ذكره ثانياً لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمي الثاني وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمي الاول بحال لا يعلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح وعما اذا كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدلاله أصلاً بل أصاب كل من التأويلين مجراه

كتاب الرهن

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطيد سبب لتحصيل المال

يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامي الثاني غير الرامي الاول وعذا فيما اذا رماه الاول ثانياً قوله (فالجواب في حكم الاباحة الخ) يعنى لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقي واضح

كتاب الرهن

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما ماسيين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لطالب الدائن والمدينين وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور في الكتاب وسنذكره شيئاً فشيئاً أما تفسيره فاذكره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري) أقول هذا يؤهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل

القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما لانه في الموضوعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الرهن الا أنه بين في المسئلة الاولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيان أى عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ما ذكره الامام الزمخشري فراجع (قال المصنف قال قائلهم صيد المملوك أرانب و ثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال) أقول البيت لعنزة العنسي وهو جاهلي وهم كانوا ياكلون الثعالب وما حوش منها فان كان استدلاله به افق تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعي وغيره الى القول بجحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيداً الا بقربنة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسداً ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بما كول اللحم

(الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحيث يمكن استيفاء الحق من الرهن بمعنى المهرول (كالديون) وهو احتراز عن ارتمان الخروج عن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فلهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد في جمع عبدو بما روى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه (١٨٩)

وبالاجماع فان الامتعة اجتمعت على جوازها من غير تكبير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض) كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بيزماد كثر من الكتب السابقة والآلاحقة فلا تكون مرجحة لبراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة والآلاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ولا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النسبة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبيء كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحيث يمكن استيفاءه من الرهن (كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والألزام والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحيث لا أن للعاقدة الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن أغما هو نفس الحبس لا لزومه فيصمدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً بالارباب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز وهو حبس شيء بحيث يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكفا في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية بركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه يستقيم أما الأول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون الا بجموع الايجاب والقبول يقول بأن الامر كذلك في سائر عقود التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالايجاب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما هي في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاص بشيء على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدروري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحيث يمكن استيفاءه من الرهن (كالديون) وهو مشروع بقوله تعالى فلهان مقبوضة وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا في الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بيزماد كثر من الكتب السابقة والآلاحقة فلا تكون مرجحة لبراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة في الكتب السابقة والآلاحقة تقتضي إيراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد ولا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نهت على هذه النسبة غير مرة في نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبي الدائن والمدين كما فصل في النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر في سائر المعاملات من تعاقب البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودلائل مشروعيته وحكمه فيجبيء كل ذلك في الكتاب شيئا فشيئا صراحة أو إشارة فتنبه له في موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن في اللغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشرع جعل الشيء محبوساً بحيث يمكن استيفاءه من الرهن (كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام والألزام والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد إذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشيء محبوساً بحيث لا أن للعاقدة الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك إلا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور في الكتاب للرهن أغما هو نفس الحبس لا لزومه فيصمدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضاً بالارباب ثم ان الامام النسفي لما قال في الكنز وهو حبس شيء بحيث يمكن استيفاءه منه كالدين قال الزيلعي في شرحه هذا حده في الشرع ثم قال وقوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاءه من الرهن لعدم تعيينه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكفا في قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضاً فان لم يكن في قوله كالدين إشارة إلى جواز الرهن بغير الدين أيضاً فلا أقل من أن لا يكون فيه إشارة إلى انحصار ما يجوز الرهن به في الدين فلا وجه لقول الزيلعي قوله كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال في العناية بركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شيء من إرادته وتوجيهه يستقيم أما الأول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون الا بجموع الايجاب والقبول يقول بأن الامر كذلك في سائر عقود التبرعات أيضاً واختلاف المشايخ في أن القبول هل هو ركن كالايجاب أم لا ليس يختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضاً من العقود كالهبة والصدقة كما هي في أوائل كتاب الهبة فلا انتقاص بشيء على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن في كل عقد وقول القدروري الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

(قال المصنف وفي الشريعة جعل الشيء محبوساً بحيث يمكن استيفاءه من الرهن (كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام والألزام والافقي انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكفا في قوله

كالديون مقمّم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها رهناً بالدين والافلا اقام وسيجيء التفصيل في الورق الآتي (قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات إلا أن يخص العقد في الصغرى بما سوى التبرع وسيجيء تحقيقه من الشارح

(19.)

ولمّا عُدّوا من بني إسرائيل

١٠٠٠

1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100. 101. 102. 103. 104. 105. 106. 107. 108. 109. 110. 111. 112. 113. 114. 115. 116. 117. 118. 119. 120. 121. 122. 123. 124. 125. 126. 127. 128. 129. 130. 131. 132. 133. 134. 135. 136. 137. 138. 139. 140. 141. 142. 143. 144. 145. 146. 147. 148. 149. 150. 151. 152. 153. 154. 155. 156. 157. 158. 159. 160. 161. 162. 163. 164. 165. 166. 167. 168. 169. 170. 171. 172. 173. 174. 175. 176. 177. 178. 179. 180. 181. 182. 183. 184. 185. 186. 187. 188. 189. 190. 191. 192. 193. 194. 195. 196. 197. 198. 199. 200. 201. 202. 203. 204. 205. 206. 207. 208. 209. 210. 211. 212. 213. 214. 215. 216. 217. 218. 219. 220. 221. 222. 223. 224. 225. 226. 227. 228. 229. 230. 231. 232. 233. 234. 235. 236. 237. 238. 239. 240. 241. 242. 243. 244. 245. 246. 247. 248. 249. 250. 251. 252. 253. 254. 255. 256. 257. 258. 259. 260. 261. 262. 263. 264. 265. 266. 267. 268. 269. 270. 271. 272. 273. 274. 275. 276. 277. 278. 279. 280. 281. 282. 283. 284. 285. 286. 287. 288. 289. 290. 291. 292. 293. 294. 295. 296. 297. 298. 299. 300. 301. 302. 303. 304. 305. 306. 307. 308. 309. 310. 311. 312. 313. 314. 315. 316. 317. 318. 319. 320. 321. 322. 323. 324. 325. 326. 327. 328. 329. 330. 331. 332. 333. 334. 335. 336. 337. 338. 339. 340. 341. 342. 343. 344. 345. 346. 347. 348. 349. 350. 351. 352. 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359. 360. 361. 362. 363. 364. 365. 366. 367. 368. 369. 370. 371. 372. 373. 374. 375. 376. 377. 378. 379. 380. 381. 382. 383. 384. 385. 386. 387. 388. 389. 390. 391. 392. 393. 394. 395. 396. 397. 398. 399. 400. 401. 402. 403. 404. 405. 406. 407. 408. 409. 410. 411. 412. 413. 414. 415. 416. 417. 418. 419. 420. 421. 422. 423. 424. 425. 426. 427. 428. 429. 430. 431. 432. 433. 434. 435. 436. 437. 438. 439. 440. 441. 442. 443. 444. 445. 446. 447. 448. 449. 450. 451. 452. 453. 454. 455. 456. 457. 458. 459. 460. 461. 462. 463. 464. 465. 466. 467. 468. 469. 470. 471. 472. 473. 474. 475. 476. 477. 478. 479. 480. 481. 482. 483. 484. 485. 486. 487. 488. 489. 490. 491. 492. 493. 494. 495. 496. 497. 498. 499. 500. 501. 502. 503. 504. 505. 506. 507. 508. 509. 510. 511. 512. 513. 514. 515. 516. 517. 518. 519. 520. 521. 522. 523. 524. 525. 526. 527. 528. 529. 530. 531. 532. 533. 534. 535. 536. 537. 538. 539. 540. 541. 542. 543. 544. 545. 546. 547. 548. 549. 550. 551. 552. 553. 554. 555. 556. 557. 558. 559. 560. 561. 562. 563. 564. 565. 566. 567. 568. 569. 570. 571. 572. 573. 574. 575. 576. 577. 578. 579. 580. 581. 582. 583. 584. 585. 586. 587. 588. 589. 590. 591. 592. 593. 594. 595. 596. 597. 598. 599. 600. 601. 602. 603. 604. 605. 606. 607. 608. 609. 610. 611. 612. 613. 614. 615. 616. 617. 618. 619. 620. 621. 622. 623. 624. 625. 626. 627. 628. 629. 630. 631. 632. 633. 634. 635. 636. 637. 638. 639. 640. 641. 642. 643. 644. 645. 646. 647. 648. 649. 650. 651. 652. 653. 654. 655. 656. 657. 658. 659. 660. 661. 662. 663. 664. 665. 666. 667. 668. 669. 670. 671. 672. 673. 674. 675. 676. 677. 678. 679. 680. 681. 682. 683. 684. 685. 686. 687. 688. 689. 690. 691. 692. 693. 694. 695. 696. 697. 698. 699. 700. 701. 702. 703. 704. 705. 706. 707. 708. 709. 710. 711. 712. 713. 714. 715. 716. 717. 718. 719. 720. 721. 722. 723. 724. 725. 726. 727. 728. 729. 730. 731. 732. 733. 734. 735. 736. 737. 738. 739. 740. 741. 742. 743. 744. 745. 746. 747. 748. 749. 750. 751. 752. 753. 754. 755. 756. 757. 758. 759. 760. 761. 762. 763. 764. 765. 766. 767. 768. 769. 770. 771. 772. 773. 774. 775. 776. 777. 778. 779. 780. 781. 782. 783. 784. 785. 786. 787. 788. 789. 790. 791. 792. 793. 794. 795. 796. 797. 798. 799. 800. 801. 802. 803. 804. 805. 806. 807. 808. 809. 810. 811. 812. 813. 814. 815. 816. 817. 818. 819. 820. 821. 822. 823. 824. 825. 826. 827. 828. 829. 830. 831. 832. 833. 834. 835. 836. 837. 838. 839. 840. 84

من الدنيا عليه) أقول نعم

نفسه لا تدركهم الى الاخرين ونظمه عليه وصيه ورثه واجعان الى الابد تبيد (قوله) من خالفه لم يبق له من الدنيا الا ما بين يديه

الحواشي القيمة فليكن: هناك ذات فلتأمل.

(وانما تلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء مراد به الامر كافي قوله تعالى ومن كان هريضا
 أو على سفر فعدة من أيام أخرى فليضم وكافي قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليحرر فيكون تقديره والله أعلم
 وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فارهقوا وارتموا الكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المسدود ولا قبوله
 على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كافي قوله صلى الله عليه وسلم الخططة بالخططة مثلاً بمثل بالنصب أي
 بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو الممانلة في أموال الرابا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه
 الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر لا باحة بقريضة الاجماع فينصرف
 الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض كان شرطا للجواز والزم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع
 ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر
 لا يصلح حجة والجواب عن الاول انه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر بجمعه كذلك واستناد مقبوضة الى ضمير
 المصدر مجاز عطف كافي سيل مفعوم وعن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قريضة للجواز لان الجواز هو اللفظ
 المستعمل في غير ما وضع له بقريضة والاجماع لم يكن حال (١٩١)

في الرهن غير ممكن فصرف
 الى القبض وعن الثالث
 أن الدليل للزام مالك
 رحمه الله حيث لا يجعله
 شرط الزوم ولا الجواز
 وذلك أن الله تعالى وصف
 الرهن بالقبض كما وصف
 التجارة بالتراضي والتراضي
 وصف لازم في التجارة
 فكذا القبض في الرهن
 لا يقال هذا استدلال
 بمفهوم الصفة وهو ليس
 بصحيح اما ذلك مذهب
 الجمهور من أصحابنا فيجوز
 أن يكون المصنف قد
 اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرن بحرف الفاء في محل الجزاء مراد به الامر ولانه عقد تبرع لما أن الرهان
 لا يستوجب عقابته على المرتن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كافي الوصية وذلك
 بالقبض

ثبوت الملك للرهن بحال أصلا فبقى نفى الجواز ههنا على ظاهره قوله (وانما تلونا والمصدر المقرن
 بحرف الفاء في محل الجزاء مراد به الامر) نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب أي فاضرب بوهو وقوله تعالى
 فتحرير رقبة مؤمنة أي فليحررها وقوله تعالى فعدة من أيام آخر بتقدير فصوص عدة من أيام أخرى
 فليضم عدة من أيام أخرى فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر
 أي فارهقوا وارتموا ثم لما كان بمعنى الامر لم يعمل بوجوب الامر الذي هو الوجوب والزموم في حق
 نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالاجماع ووجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا
 في قوله عليه الصلاة والسلام الخططة بالخططة مثلاً بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع
 لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو الممانلة في أموال الرابا فكذا ههنا هذا ما ذكر في
 جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب
 النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا في كتب
 اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو تمحّل بتحقيق ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف اليها وعن الرابع أننا لانسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس
 بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنخ في هذا الموضع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول
 على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كافي قوله تعالى فن كان منكم هريضا أو على سفر فعدة من أيام أخرى) أقول فان التقدير فصوص عدة (قوله الاول ما قيل)
 أقول القائل هو الاتقاني والكاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسألة فرعية لا تسلم الا عن
 دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقتضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر
 بجمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضا
 والعمل الاول أن يقال التقدير فرهان كافي قوله تعالى فعدة من أيام آخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في
 تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفي في تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض
 بالدين تؤنيقه وما قاله الشيخ النسفي أيضا في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصدر قد يجعل اسما وزول عنها عمل الفعل فاذا قال رهن
 عند زيد رهنه لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهنه زيدا أو بالما جعل اسما بجمع كما يجمع الاسماء رهن
 ورهان انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفاً فجعل الخذوف بمنزلة التائب فتم
والمصدر المقرون بحرف النشاء والرهان لما كان مصدراً على قول صاحب الكتاب كان ارادة
المرهون به جائزة كإرهن براديه المرهون ثم أنت المرهون بتأويل السلعة أو العين فقبول مقبوضة
بالتأنيث كما يؤثت الصوت بتأويل الصيغة لكن وجهها بعيدا اذ في الاول ورود الالباس وفي الثاني
لا يسنى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هذا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمي صاحب
الهداية الرهان مصدراً كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الأستنجاني في شرح الكافي
ولنا فيه نظراً لأنه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالمجهر وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمين والرهنه بمعنى الرهن أيضاً وجمعهم رهاون
نعم الرهان يجرى بمصدر من قولهم راحنه على كذا أى خاطره مراحمته ورهاناً من باب المفاعلة
ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد في الآية لم ينجح في صفة الرهان الى بناء
التأنيث فانهم الى هذا لفظه وقال صاحب الكفاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع
رهن كالتعل والتعال والحبيل والحبيل وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس
بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب
معراج الدراية وفي النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظراً لان الرهان جمع رهن كالتعل والتعال وكذلك في
كتب اللغة وبدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال في القوائد الشاهية يجوز
أن يكون الرهان مصدراً من باب المفاعلة كالتعال والغراب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو
فرهان مرهونة مقبوضة وأنت المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤثت الصوت بتأويل الصيغة ويجوز
أن يكون الرهان مصدراً بمعنى المفعول وأنت المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائماً مقام مصدر
محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مضراً تقديره لا تخفها الى هنا كلامه وأما صاحب العناية
فعندما استشكلوه أمرهنا ونجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدراً وهو جمع رهن
ثم قال والجواب عنه أنه مما يتخفى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة
الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سبل مقيم انتهى أقول منشأ مجاز فقه هذه الغفول عما ذكر في كتب اللغة
وكتب النفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكل دال
هو جمع رهن بمعنى المرهون قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال في
القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمين وقال
في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبيل وحبال وقال في تفسير القاضي رهان ورهن كلاهما
جمع رهن بمعنى مرهون وكذلك في سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازاً عقلياً
خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهي منتفية في الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن
جداً بمحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذلك
حقيقاً تمام معنى العدول عنه وبناء استدلالاً للتأنيث الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه
فقول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلي الذي ذهب اليه ههنا بسبل مقيم قبيح جداً فان المقيم اسم مفعول
استدل الى الفاعل كما عرف في موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه
فالمناسب في التمثيل ههنا ان يقول كما في شعر شاعر على ما ذكر في كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات
التي ذكرت في سائر الشروح لتصح ما في الكتاب كلها أيضاً بخلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور
المفسرين فالانصاف أن التمسك بتمثيلها لا يفقد القطع ولا الاكراه على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من
بين أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفاً كما في قوله تعالى

قوله (ثم يكتفي فيه بالتخلية) يريد به ارفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أي قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفي فيه بالتخلية كما في الغصب فان المخذول لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجب للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع فلا ينعقد الرهن الا باليجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالنقح والحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض في الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشتري لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشتري مضمونا على البائع بالثمن والتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أي وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثيق لجهة الاستدانة وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يحل الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذا لحقيقة أقوى من الجهة وما ثبت به (١٩٣) ادقوى بيبث به الادنى وأما الوصف

المدكور في وجه غير الظاهر وهو كون القبض في الشراء ناقلا للضمان وفي الرهن مثبتا لابتداء فلا يكاديين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكمال والكمال في القبض هو أن يكون الرهن محموزا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محموزا احتراز عن رهن التمر على رأس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع في الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض يحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يثبت في النقل الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس عوجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محموزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لو جرد القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن)

فعدمه من أيام آخر فان التقدير فيه فصوص عدة من أيام آخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفي فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض يحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفي بالتخلية مع جريان الدليل الا أن ثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض في الصرف انما يثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم بدا بيد كما تقرر في محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضي حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبي يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه انه نظر لان القبض بعقد التبضع لم يعهد موجب للضمان وبين التبضع والضمان منافاة ولا بد من الضمان في الرهن عند الهلاك فينتفي التبضع انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط لان جهة التبضع في الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبضع فيه من حيث انه يجعل محبوسا في يد المرتهن بلا استيجاب شيء عليه بمقابلة ذلك وجهه الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للرهن يد الاستيفاء من وجهه فيتم رعه عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبضع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفي عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتي في الكتاب من تفصيل دليلنا العقلي على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل في ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محموزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(٣٥ - تمكله ثامن) قال المصنف لانه قبض يحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفي بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونه مختارا المصنف (قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول الاول أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الا أقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكده (قوله فلا يكاديين) أقول فيه بحث (قوله محموزا احتراز عن رهن التمر على رأس النخل بدونها) وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع في الرهن) أقول قال صدر الشريعة في شرحه لا وقاية فقبض محموزا أي مقسوما غير شائع مفرغا أي غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمرود ارفهم امتاع الراهن بدون المتاع ميز أي ان كان متصلا بحق الراهن خالقة كالثر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس برهن سواء كان اتصاله به خالقة أو مجاورة والمميز يتعلق بالخالص في الحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خالقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذي في بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين

لما ذكرنا أن الزوم بالتبعض إذا قصد ولا يستحق قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتين دخل في ضمانه
وقد الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ فلا ينافي
لصاحبه غنمه أن يوانه وعليه غرمه أي فلا يملك قال ومعناه لا يصير الرهن مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليست بدينه الصيانة
فلا يسقط الدين فلا يملكه على موضوعه بالتبعض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يعلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ فلا ينافي
وحقه للدين فيكون ضمانه يمانه المراد به ذهب حثك من الامساك أو من المتابعة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الاختيار
عنه وشافعي يوجب له ولا يذكر خلق في قول الحديث منكرا أن رجلا رهن فرسا عند رجل يوجب له عليه فنفي الفرس عنه
المرتين فاختصه على أن يوجب له عليه وسلم فقال يترتب ذهب حثك فذ كراخي منكرا ثم أعاده معرقا في ذلك يكون الثاني عن
الأول كسنة في الثمانية وثلاثين لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القواعد المذكرة
إذا علم أن التمسك كان وقعا من المرتين في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غني الرهن
فهو بماله معناه على ما قلنا (٣٩٤)

لما ذكرنا أن الزوم بالتبعض إذا قصد ولا يستحق قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتين دخل في ضمانه
وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين به إلا أنه نقوله عليه السلام لا يعلق
الرهن قالها أي لا يملكه صاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين
فلا يملكه لا يسقط الدين اعتبارا به لئلا الصلح وهذا لأن بعد الوثيقة بزيادة معنى الصيانة والسقوط
بالحال يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق به يصير بعرض الحلال وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه
السلام لا يرتب بعد ما تفق فرس الرهن عنه ذهب حثك وقوله عليه السلام إذا غني الرهن فهو بماله
معناه على ما قلنا إذا اشتمت قيمة الرهن بعد ما حدث واجاع العجاجة والتابعين رضي الله عنهم
على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية القول بالأمانة خرقه والمراد بقوله عليه السلام
لا يعلق الرهن على ما قلنا الاحتباس الكلي والتمسك بأن يصير مملوكا كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن
الثابت للمرتين بالاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينفي عن الحبس الدائم قال الله تعالى
كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

لا أدري ثم كان قيمته
والمرتين كذلك قال يكون
الرهن بما فيه حكمي
هذا الثأويل عن أبي جعفر
وقوله (مع اختلافهم في
كيفية) يعني أنهم انفقوا
على أن الرهن مضمون
لكنهم اختلفوا في
كيفية وروى عن أبي
بكر الصديق رضي الله
عنه أنه مضمون بالقيمة
وروى عن ابن عمر وابن
مسعود أنهم ما قالوا الرهن
مضمون بالأقل من قيمته
ومن الدين وهكذا روى
عن علي رضي الله عنه
في بعض الروايات وروى
عن ابن عباس أنه مضمون
بالدين واختلافهم على

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة إن المنصوص
معنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوذا مفرعا متميزا
فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض
بالتحلية في باب الرهن بل يجب أن يضع المرتين يده حقيقة على المرهون ألا لا شك أن
الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة
المعقبات (قوله لأن الرهن ينفي عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال

قائلهم

هذا الوجه اجماع منهم على أنه مضمون فأقول بكونه

وقار قد

أمانة خرقا لاجتماع والمراد بقوله عليه السلام لا يعلق الرهن على ما قلنا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكا كذا ذكر الكرخي عن
السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما قال مالك رحمه الله وتقدر ذلك فيما يرى أن برهن الرجل الرهن بالشئ وفي الرهن فضل عماره
فيقول الراعي للرتين إن جئت بجهنم بجهنم إلى أجل يسيرة ولا فلاح له ولا فلاح له لا يصح ولا يحمل وهذا الذي ينهي عنه فإن جاء صاحبه
بما فيه بعد الأجل فهو له وقوله غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا عبيدة
وأبا موسى ومحمد إلى أن ذلك في البيع أن يبيع الرهن بغير فيه نقص عن الدين غرم الراعي ذلك النقص وأن يبيع بفضله عن الدين أخذ
الراعي ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتين بالاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقرير الثابت للمرتين بالاستيفاء
ويذكر الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينفي عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة
بإياله ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا غني الرهن فهو بماله) أقول الباء للقبالة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافكالك له * يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

أي ارتفعت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لا يمكن فكها كما وليس فيه ضمان ولا هلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأيد بنفي الفكالك دل أنه ينبغي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام ينبغي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب ثبوت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن في العقد الشرعي منبثا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولتكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أي الى الاستيفاء وذلك أي كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس يقع الامن عن جود الرهن مخافة جود المرتهن الرهن ومعناه أن الحبس يقضى الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان يجد الدين أن يجد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر

(١٩٥)

أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليه ما قوله (واذا كان كذلك) أي اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة

وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لا تنفاه احتمال النقص فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي لا دين بالحبس بالرذع على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرذع فنقض الاستيفاء فان الهلاك لم ينعين لتقرير الاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

وفارقتك برهن لافكالك له * يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس يقع الامن من الجود مخافة جود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيستأجر الى قضاء الدين لحاجته أو لضجيره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الرابح خلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرذع على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدون لانه لا يتصور

وفارقتك برهن لافكالك له * يوم الوداع فأسمى الرهن قد غلقا

قال في العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لافكالك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأيد بنفي الفكالك دل أنه ينبغي عن الدوام اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام ينبغي ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب ثبوت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب في الاصل لتأنيج الشريعة لكن الجواب ليس بتمام عندى لان قوله اذ لو لم يكن موجبا لذلك لمادام ينبغي ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان منافضا لدوامه يلزم من نفي ذلك دوامه سواء كان ما يوجب دوامه نفسه أو أمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقصين معا وما نحن فيه كذلك اذ لا شك أن فكالك الرهن ينافي ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما يوجب نفسه بل كان مسببا خارج فلم يثبت في اليد المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انقضاء ذلك من نفي فكالك تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الرابح) يعني اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لا تنفاه احتمال النقص فلو لم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي لا دين بالحبس بالرذع على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرذع فنقض الاستيفاء فان الهلاك لم ينعين لتقرير الاستيفاء ألا ترى أن المبيع اذا هلك

قبل التسليم فانه لا يقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقص انما يتحقق فيما أمكن رد العين الى المالك كائن فيما ذكرتم ولا يمكن ذلك في هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الرابح وهو أن يستوفي رقبة لا يدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام يثبت باثبات ما يوجب) أقول لا يخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا فلك نزول الدوام ومعنى الانفكالك له ابقاؤه على الرهنية والاجتماع فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانما يؤيدهما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل ولا يظهر أن يقول يكون أكثر من الدين في الاكثر الآن يحمل على التحقيق يجعل النادر معدوما في الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أي لا دين بالحبس بالرذع على الراهن) أقول قوله بالرذع متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم ينعين لتقرير الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفي منه وفي التنوير ليس ذلك فكيف يتصور به ولك أن تقول ما ل جوابه أيضا فليتأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء المكان أما العين الدين أو يبدله لاسيما إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثاني لأن الرهن يبدل الصنف والمسلم فيه جائز والاستيفاء لهما غير جائز وجبه الجواب أن المختار الأول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة والمالية والأول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا يتوب عن قبض الشراء أن اشتراء المرتبة لما تقدم في الهبة أن قبض الأمانة لا يتوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثاني ممنوع لأنه من جنس الدين المالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعي رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة زداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاف ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت بد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك لتحقيق الصيانة للاحتالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما في الحوالة فانه لو يجب الدين في ذمة المحال عليه أمانته حتى النال وان كان فراغ ذمة المحال من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات والنقص لا التوازم الضمنية ونقص بنقص اجمالي وهو أن المستأجر بعد الفسخ

(١٩٦)

والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا يتوب عن قبض الشراء إذا اشتراء المرتبة لأن العين أمانة فلا يتوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت بد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والحاصل أن عندنا حكم الرهن ضرورة الرهن بحسب ما يدينه بأمانة بد الاستيفاء عليه وعندنا تعلق الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلفة فيها بينه وبينه عندنا في كفايه المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد إلا بتفاد لا نفقوت وجهه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موضوعه وهو تعينه للبيع وسيأتي البواقي في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون) لأن حكمه ثبوت بد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال إن الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

محمود عند المستأجر بالاجرة المجعولة بمنزلة المرهون حتى إذا مات الأجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم إذا هلك لم يكن مضموناً وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لأن بد الاستيفاء هي التي كانت له قبل الفسخ وإنما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لاستيفاء الاجرة من المالية فذلك لم يصح مستوفياً بالهلاك في يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فإنه كان مخصوصاً به قبل الفسخ لاستيفاء

يؤدي إلى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدي إلى ضياع حق المسلم محذور شرعي أيضاً الوجه في ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الرهن باقتناء في الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعني يرد على هذا اللفظ أي على لفظ القدوري وهو قوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها أي الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها وهي ما يجب مثله عند هلاكه أن كان مثله أو قيمته أن كان قيمياً كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب

المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص في حق استرداد الاجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال ولهذا (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكد لأن كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرهم وهو ضمان الثمن عند استحقاق البيع لأن حكمه أي حكم الرهن ثبوت بد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما حكمه بالدين الموعود فيسبى الكلام فيه وقوله (ويدخل) أي يشكل على هذا اللفظ أي الذي يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بأنفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن إما أن يكون بالدين أو بالعين والأول صحيح بكل حال والثاني إما أن يكون بدين مضمون أو لا والثاني غير صحيح كافي الودائع والحواري والمضاربات والشركات والأول إما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل أن كان مثلياً أو قيمته أن كان قيمياً أو يكون مضموناً بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن وإذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فإن الرهن بها صحيح ولا دين ثمه وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ أن الواجب الأصلي فيها هو القيمة وردد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه) أقول يعني واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم في الهبة) أقول وفي آخر الصلح أيضاً

(ولهذا تصح الكفالة بها) أي بالعين المضمون بنفسه وقوله (وإن كان لا يجب القيمة إلا بعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بانقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المخصوص من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره أن سبب وجوده قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت (١٩٧) الكفالة واعتراض بأن صحة الكفالة

لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن يريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه أو ديننا انعقد ذلك فان كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخييرين أما على الأول فتقريره ولو لم يكن الموجب الأصلي فيها القيمة لا تبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه به لا كما قاله حال على الغاصب فهلك المخصوص لم تبطل الحوالة لأن الموجب الأصلي لما كان القيمة كان هلاك العين كالهلاك لقيام القيمة في ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثاني فتقريره ويكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فهلاك العين لا تبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل به لا كما لأنه

ولهذا تصح الكفالة بها وإن كان لا يجب إلا بعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كافي الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به به لا كما بخلاف الوديعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال إلى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح في شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدوري الاعتراض رأسا لأنه لا ينبغي صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته في شرحه المختصر الكرخي وإنما اقتصر ههنا على الدين لأن الغالب في الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ما ذكره في موضع آخر إلى هنا لفظه أقول لا ينبغي لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول إن القدوري لم ينف في مختصره صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما في لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن بالدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهي النفي والاستثناء وإنما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدوري في مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته في شرحه لمختصر الكرخي لا يجدي شيئا في دفع الاشكال الوارد على لفظه في مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما محل القصر الواقع في هذا المختصر على القصر الادعائي فبمعزل عن مساعدة هذا الفن إياه فالجواب بخصوص الشيء بالذكور في الروايات الواقعة في هذا الفن يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به فأنطكت بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) فإن في العناية واعتراض بأن صحة الكفالة بها لا تستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ما ذاب لك على فلان فعلى ذون الرهن وأجيب بأن قوله ما ذاب لك إضافة لكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك ذون الرهن تريد به ديننا ما انعقد سبب وجوبه أو ديننا انعقد ذلك فان كان الأول فليس كلامنا فيه وإن كان الثاني فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتأخر الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال إلى آخره فن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة إذ المراد هو الأول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشيء لأن عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه فان مقصوده القصر في قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لا تدل على صحة الرهن لأن الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بخلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذي كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا في الدين الذي لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وإنما يدفعه ما أشار إليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه وإنما قوله ما ذاب لك على فلان فعلى إضافة الكفالة إلى ذلك الدين لا عقده كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة في قوله ولهذا تصح الكفالة به هي الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم إلا على قول أبي يوسف فإن المعتبر عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيلة في صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالأعيان المضمونة بانفسها على قول أعني جيعا فلا يتم التقرير بالاعلى قول أبي يوسف وليت شعري لم لم يتعرض

لا وجوب هناك القيمة ولا سبب للوجوب

(قوله وإن كان الثاني فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالأول صحة دون الرهن فتوجه السؤال الآن يخص الكفالة المقيس أيضا عليهم بما انعقد سبب وجوبه

تد (وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقبل أي بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع في بعض نسخ القدروري بأقل من قيمته ومن الدين وليس يصحح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث وكلامه راضح وقوله (بترادف المنكر) يعني أن المترادف لما يكون من الجانبين وقوله (كافي حقيقة الاستيفاء) مثل ما إذا أوفاه التي درهم في كيس وحقه في ألف مائة يصير ضمانا قدر الدين وازيادة على قدر الدين أمانة فكذلك هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها) لأننا لم نفصل الزيادة من جهة أدى إلى الشروع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة في حق الضمان) لأن بقاء الرهن مع عدم الضمان يمكن أن يستعار الراهن من المرتهن فإن الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما ينبغي وقوله (والمراد بالتراخي ما روى حالة البيع) يعني في بيان حديثي على رضى الله عنه (١٩٨) فالمرورى عنه المرتهن أمين في الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع

قال (وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين فإذا دخل في يد المرتهن وقيمتها والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمة الرهن أكثر من الفضل أمانة في يده) لأن المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وإن كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لأن الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمتها يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال بترادف الفضل في الرهن ولأن الزيادة على الدين موهومة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبا مروي عن عمرو وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ولأن يد المرتهن من يد الاستيفاء فلا فوجب الضمان إلا بالقدر المستوفي كافي حقيقة الاستيفاء والزيادة موهومة به ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراخي ما روى حالة البيع فالمرورى عنه أنه قال المرتهن أمين في الفضل قال (والمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لأن حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تتع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فإذا ظهر مظهره عند القاضي يحبس به بناء على التفصيل فيما تقدم (وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن) لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه تسكر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل (وإذا حضره الراهن بتسليم الدين إليه أولا) ليتعين حقه كما تبين في حق الراهن تحقيقا للتسوية كافي تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا أجل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لأن الأمانة كلها في حق التسليم مكان واحد فيما ليس له أجل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الأمانة فيه في باب تسليم الأمانة (وإن كان له أجل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكف إحضار الرهن) لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلي لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم ياتزمه (ولو سطر الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

يعني إذا باع المرتهن الرهن بأن الزمان يرد ما زاد على الدين من ثمنه إلى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كإيئناه على التفصيل فيما تقدم) يعني في فصل الحبس من أدب القاضي وقوله (وإذا طلب المرتهن دينه) راضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الرضخ لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث أنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتباره شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لأنه يتضرر بزيادة الضرر ولم ياتزمه) يعني المرتهن ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه

لهذا أحدم الشراح (قوله وهو مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع في بعض نسخ القدروري بأقل من قيمته ومن الدين وليس يصحح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل حررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم غيرهما ولو قال حررت بالأعلم من زيد وعمرو يكون الأعلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما ألا ضرب ثالث ثم اتج

لاطلاق

موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول

(قوله ووقع في بعض نسخ القدروري بأقل من قيمته ومن الدين وليس يصحح لأن معنى المعرف واحد منهم ما ومعنى المنكر ثالث) أقول أدتكون من حيثها تفصيلية لوجوب استعمال الأقل بأحد الأشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث أدق في حذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقريضة على الحذف شهرة المذهب فمن الملقوفة للبيان كما فصله صدر الشريعة في شرح الوفاة ولمكان حرف التعريف ههنا (قوله يعني أن المترادف لما يكون من الجانبين) أقول فير جمع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لأننا لم نفصل الزيادة

وقوله (لا ملاق الامر) يشير الى أنه لو قدمه بالنقد لبيع بيعه نسيئة وقوله (لانه لا قدر له على الاحضار) لان الرهن يبيع بأمر
 الراهن فلم يبق له قدره على احضاره وقوله (وكذا اذا أمر المرتهن) يعني لا يكلف احضار الرهن لانه أى الرهن صار ديناً بالبيع بأمر
 الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه بأمره صار

(١٩٩)

التمن رهنًا بتراضيه سماً
 اتسده لا بطريق انتقال
 حكم الرهن الى التمن ألا ترى
 أنه لو باع الرهن بأقل من
 الدين لم يسقط من دين
 المرتهن شئ فصار كأنه

رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه
 على يد عدل وقوله (الا
 أن الذي يتولى قبض الثمن
 هو المرتهن) استثناء

من قوله فصار كأن الراهن
 رهنه وهو دين جواب
 عما يقال لو كان الامر
 كذلك لما كان للمرتهن
 أن يقبض الثمن من
 المشتري كما لو كان

الرهن في يد عدل لكن
 له ذلك ووجه ما ذكر
 أن ولاية القبض باعتبار
 كونه عاقداً والحقوق ترجع
 اليه وقوله (وكما يكلف

احضار الرهن لاستيفاء
 السكك يكلف لاستيفاء
 قيل اذا ادعى الراهن هلاك
 الرهن وأما اذا لم يدع فلا

حاجة الى ذلك واليه أشار
 بقوله لاحتمال الهلاك
 وقوله (ثم اذا قبض الثمن)
 يعني ان باع الرهن وقبض
 الثمن فاذا قبضه وجب

احضاره لاستيفاء
 لقيامه مقام العين

لا ملاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن) لانه لا قدر له على الاحضار
 (وكذا اذا أمر المرتهن ببيع فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن
 رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقيامه البديل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض الثمن هو
 المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء
 نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من في
 قوله الأقل من هذا التبعية والأقل يصلح بعضاً اذا الأقل مع منهما معرفتان بخلاف أقل منهما
 لأن أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لا تدخل النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لأن سلم
 ان المعرفة لا تناول النكرة تناول السكك كذا هو مقتضى من التبعية نعلم ان المعرفة والنكرة
 لا يتحدان لأن مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما
 كون المبهمة بعضاً من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألا ترى الى قولنا واحداً من
 أوجه من هذا أو بعض من هذا ما يكون كذا فإنه صحيح بالارباب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض
 نكرة وكلمة هما في منهما معرفة ومن التبعية على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل
 معرفاً وبين أن يكون منكرًا التماثل في قياها كما هو مدلول كلمة من معرفة ولا يتشبه فيما اذا كان
 مدلولها نكرة الا يلزم اذ ذلك تناول المعرفة للنكرة مثلاً لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من
 قيمة دين لزم أن لا يكون فرق في المعنى بين تعريف الأقل وتنكيره وليس كذلك قطعاً وذكر بعض
 الفضلاء وجه آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذا تنكرت من في المنكر تفضيلية لو جوب
 استعمال الأقل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون في المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف
 وموضع كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضاً كذلك والقرينة على
 الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق في الفرق ما قاله ذلك البعض ويحتمل ساقطاً اذ قد تقرر في علم النحو
 أنه لا يجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة إلا أن يعلم المفضل عليه ويتعين كما في قوله
 تعالى يعلم السمر وأخى وقوله تعالى ولذا كرا لله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير
 أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوماً بقرينة شهرة المذهب غير مسموع
 لانه لا بد من بيان المذهب في هذه المسئلة ولم يبين من قبل في موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة كيف
 ولو تحققت الشهرة في مسئلتنا هذه بحث جازم باترك ما لا بد منه في استعمال صيغة التفضيل لاستغنى
 عن ذكرها وبيانها بنسبها بالكلية (فصوله لانه صار ديناً بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن
 رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف
 يثبت الحكم في الفرع قياساً عليه انتهى أقول لا ينبغي على الفطن أن صار المصنف بتعليقه المذكور ليس
 اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده
 ببيان أن حكم الرهن يبقى في الدين الذي صار خلقاً عن العين المبيع بأمر الراهن لان الاصل كان صالحاً
 لان يكون رهنه فكذلك اخلفه تبعاً وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فحكم من شئ يثبت ضمناً وتبعاً ولا
 يثبت أصالة وقصده اذ قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين إشارة الى معنى الظلمة لا الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم في
 الفرع قياساً عليه فليتأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعني المنجم لأنه لا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ما إذا قتل) إشارة إلى قوله وكذا إذا أضر المرتهن ببيعته إلى آخره فإنه لا يجبر المرتهن على الاحتضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احتضار شيء بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين فإن الراهن لا يجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لأن القيمة خلف عن العين فلا بد من احتضار كلها كما لا بد من احتضار كل عين الرهن فإن قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثلث ثمة وهي ليست في يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية فصار كالرهن في بدعده بخلاف ما تقدم فإن الرهن صار ديناً بقله فكانت متافسختا وجعل الثمن رهناً ابتداء كما مر فافتقر قاوفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا أي في مسألة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لم يقبض شيئاً قال (وان كان الرهن في يده الخ) إذا كان الرهن في يد المرتهن فهو وخير بين أن يعكن الراهن من بيعه وأن لا يمكن لأن حكمه الجبس (٣٠٠) الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه وذلك حقه فلا إسقاطه وكلامه

واضح وقوله (فلو هلك) أي الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاه) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهالك فصورته مستوفية بالهالك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يرد للمستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احتضار كلها كما لا بد من احتضار كل عين الرهن وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار ديناً بفعله الرهن يوجب المرتهن طلب دينه لا يكف باحضار الرهن) لأنه لم يؤمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته (ولو وضعه العبد في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول أودعني فلا ن ولا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لأن احتضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئاً (وكذلك إذا غاب العبد بالرهن ولا يدري أين هو) لما قلنا (ولو أن الذي أودعه العبد بالرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهناً) لأنه لما سجد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا عكس المطالبة به قال (وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يملكه من البيع حتى يقضيه الدين) لأن حكمه الجبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه (ولو قضاها البعض فله أن يجبس كل الرهن حتى يستوفي البقية) اعتباراً بجلبس المبيع (فإذا قضاها الدين قبل له سلم الرهن اليه) لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاها) لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده مع ظهوره لكل منأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث دلوا فإن قيل لو رهن الدائن ابتداء لا يصح لأنه لا يكون محلاً للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن في الدين لا يكون بدلاً عن المقبوض وهو قد كان صالحاً لذلك فيثبت هذا الحكم في خلفه تبعاً لا مقصوداً انتهى (قوله ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاها) لأنه صار مستوفياً عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده) قال في العناية وطوبى بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

واضح وقوله (فلو هلك) أي الرهن (قبل الرد استرد الراهن ما قضاها) لما ذكره في الكتاب وهو واضح وطوبى بالفرق بينه وبين ما إذا ارتهن عبد بألف درهم وقبضه وقيمه مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أراه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه استحساناً وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهالك فصورته مستوفية بالهالك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء يرد للمستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

وقوله وقوله وهذا بخلاف ما إذا قتل إشارة إلى قوله وكذا) أقول ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى بيع العبد وكذلك والمرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الكاكي إشارة إلى قوله يكف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف مسألة القتل حيث لا يكف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت في شرح الكاكي ففيه بحث ظاهر حيث لا يطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وما صارت قيمة بفعله حتى تنتقل إليها الرهنية) أقول لا يقال الاضرب أن يقال حتى يجعل رهناً مكانه فإنه لم يكن رهنية الثمن في المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لأن بين الثمن والقيمة فرقا ولا يلزم من عدم الانتقال في الأول عدم الانتقال في الثاني (قوله وجعل الثمن رهناً) أقول الظاهر أن يقال وجعل (قوله وفي النهاية جعل قوله وهذا إشارة إلى قوله يكف لاستيفاء نجم إلى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لا يكف المرتهن بالاحتضار في مسألة القتل لعدم قدرته قبل مضي ثلاث سنين ولا يجبر الراهن أيضاً على الإيفاء وفيما نحن فيه يكف المرتهن فيجبر الراهن إذا حضر ولعل مراد الامام السخاقي هذا (قوله وطوبى بالفرق) أقول نقض اجمالي (قوله فإنه لا ضمان عليه استحساناً) أقول تجب المسئلة في أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء بتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين عن ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما اذاره على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله (لانه) أي الرهن (يبقى مضمونا مادام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لأن العلة إذا كانت ذات وصفين بعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغي أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين إذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما هو فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس (٣٠١) باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر

لأن الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما إذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك في يده) يعني إذا حبسه بعد التناسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به

(قوله وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فانه ذكر قيل هذا الكلام أنه إذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد الإبراء يكون الإبراء لغو الكون الدين مستوفى مستندا إلى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك امكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف في أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول ولا أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

(وكذلك لو تفسخ الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لا ينبغي مضمونا ما سبق القبض والدين (ولو هلك في يده سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لاستخدامه ولا يسكن ولا ليس إلا أن يأذن له المالك) لأن له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الابتسليم من الراهن وليس له أن يؤجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال

منعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقضه السابق وقد تقرر بالهلاك قصبر ورثته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الإبراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفي الاستيفاء حقيقة بعد الإبراء برد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء بتقرر بالهلاك مستند إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الإبراء فليس فيه استيفاء شيء ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين عن ليس عليه لغو وقوله (ولو هلك في يده) يعني إذا حبسه بعد التناسخ فهلك سقط الدين إذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به

(٣٦ - تكمله ثامن) لا يطالب به لعدم الفائدة وإلى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجي ما ذكره في آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادته من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما هو في فصل الاختلاف في الشهادة فراجع (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجي في آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانتفاع به) أقول سبق من الشارحين مخطئة المصنف في هذا اللفظ في فصل كرى الانهار ان قيل انما أنكروا فيه استعمال الانتفاع في معنى النفع لا مطلقا فلنا الامانع من أن يراد منه فيه المعنى الذي أريد منه ههنا

قال (والمرتمن أن يحفظ الرهن بنفسه الم) كذا في واضح والعمدة في العيال الساكنة لا النفقة ألا ترى أن المرافة إذا ارتفعت وصلت الرهن إلى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته إذا سكن الأب وخرج الأب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراعي) فان أبي الثاني بأمر المرتمن بأن ينفق عليه فإذا نفق الراعي فالمرتمن أن يضمن الرهن حتى يستوفي النفقة وإن خالف الرهن (٢٠٣)

(والمرتمن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجه وولده وخدمته الذي في عياله) قال رزقي الله عنه معناه أن يكون الرهن في عياله أيضا وهذا لأن عياله أمانة في يده فصار كوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد يضمن جميع ذلك بدلائله في الوديعة (واذا تعدى المرتمن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والأمانات تضمن بالتعدي (ولورهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضمان) لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الأذن بالحفظ واليحيى واليسري في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة (ولوجهه في بقية الأصابع كان رخصا بما فيه) لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الظيلسان أن لبسه لبسه عادة إذا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولورهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان خوصم يجهل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يجهل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتمن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراعي) والاصل أن ما يحتاج إليه مصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراعي سواء كان في الرهن فصل أول يمكن لأن العين باقية على ملكه وكذلك منافعه ولو كلفه فكيف يكون اضلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كافي الوديعة وذلك مثل النفقة في ما كلفه ومشر به وأجرة الراعي في معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كدوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وحذاه والقيام بمصلحه وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى المرتمن أو لرد جزء منه فهو على المرتمن مثل أجرة الحافظ لأن الامساك حقه والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراعي بمنزلة النفقة لأنه سعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الأبق فانه على المرتمن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التي كانت له لسيرده فكانت مؤنة الرد فيه لزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراعي بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة في يده والرد لأعادة اليد ويده في الزيادة بد المال أذ هو كالودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فان كاهه يجب على المرتمن وان كان في قيمة الرهن فضل لانه وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لأجل الضمان فمقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحنة والقروح ومعالجة الأمراض والفساد من الخفايا فتقسم على المضمون والأمانة والجراح على الراعي خاصة لانه من مؤن المالك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتمن لانه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستيفاء

وحصول المقصود بالشئ يقرره ويبيته وإذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبه سلك الرهن بصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما أو الإبراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين إلى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يوافق

والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لردده إلى المرتمن) كبر على الأبق (أو لرد جزء منه) كدواة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراعي للمرتمن شيئا على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (لنعائنه بالعين) يعني بخلاف حق المرتمن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الأرض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما إذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الأرض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر آجابه

بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه) أي وجوب العشر (لا ينافي ملكه) في جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق (قال المصنف لانه علف الحيوان) أقول أي كعلف الحيوان من قبيز زبد أسد (قوله ألا يرى أنه لو باعه جاز) أقول يعني لو باع الجميع غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان المالك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع (قوله وما اداء أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضى فكذلك وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره بالعموم ولاية القاضى وقد قيل انه مجرد أمر القاضى بالنفقة لا بصيردين على الراهن ما لم يجعله ديناً عليه بالتخصيص لان أمره ههنا ليس بالالزام فانه لا يلزمه شئ منها بالاتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الاتفاق حسبة وديناً فنداء الاطلاق يثبت الأدنى وقوله (وهى فرع مسئلة الجرح) (٣٠٣) فذهب أبى حنيفة أن القاضى لا يلى

على الحاضر وعندهما يلى عليه يعني عند أبى يوسف ومحمد لما نفذ جرح القاضى على الحر كان نافذاً حال غيبته وحضرته وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره بصير محجوراً عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيه اضرورة

باب ما يجوز ارتهانه والارتمان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس صحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو ومفسد اذا ظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس صحيح اذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً فان الشروع لا ينافى الممانعة قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشروع فى الرهن لا يقتضى أن لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذى مسكة فسلوا وجه جعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

وما اداء أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضى عامة وعن أبى حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضراً وان كان بأمر القاضى وقال أبو يوسف انه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الجرح والله أعلم

باب ما يجوز ارتهانه والارتمان به وما لا يجوز

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

ذلك فى الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يبقى الرهن مضموناً بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بلى احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لا سيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق فى الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالأبراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله وان كان لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف فى آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضاً ما لم يسلم الى الراهن فيبقى مضموناً بالهلال الى أن يسلم الى الراهن تأمل تقف انتهى والله الموفق للصواب

باب ما يجوز ارتهانه والارتمان به وما لا يجوز

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر فى هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتمان به وما لا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس صحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضموناً وما نحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو ومفسد اذا ظاهر أنه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وليس صحيح اذ لا شك أن ما نحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضموناً فان الشروع لا ينافى الممانعة قطعاً حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشروع فى الرهن لا يقتضى أن لا يكون المقابل به مضموناً بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضموناً أيضاً كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا بناء لشيء من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذى مسكة فسلوا وجه جعل قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

باب ما يجوز ارتهانه والارتمان به وما لا يجوز

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعنى أن الحكم بكون الباطل منصرفاً فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول يخالف لما قدمت به

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكر في الكتاب دليل إلا أن أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذلك دليلنا على ما سيظهر ورود لنا موقوف على مقدمة هي أن العقد وشرع لاحكامها فإذا افاد الحكم كان العقد غير معتبر ونقير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة الجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لأن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير معين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه قنات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل (٣٠٤)

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتنى على حكم الرهن فإنه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما تناوله العقد وهو المشاع وعندنا المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جواز علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لأن الباطل منه هو فيما إذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكر بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لأنه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يابى جدا كون قوله بناء على أن القبض إلى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء على أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فإنه إذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فإن مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما إذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما عوفي عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والغنى ونقل عنهم ما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن مالا يكون منعقد أصلا كالباطل من البيوع والفساد منه ما يكون منعقد الكسب بوصف الفساد كالفساد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا لأنه فقد بعض شرائط الجواز انعقد الرهن لو جود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لا لعدم بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول إن أراد بقوله أنه لم يشرع إلا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز إلا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وإن أراد بذلك أنه لم يلزم إلا مقبوضا لا يتم التقرير بذا المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لعدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيفسار ع إلى قضاء الدين لحاجته أول ضجره انتهى واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيفسار ع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره أقول علل

ما هو الحكم عنده وهو تعيينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعيينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع وإذا كان الحكم متصورا كان العقد مقيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لأنه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر إلى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيفسار ع إلى قضاء الدين لحاجته أو لضجره (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع إلا مقبوضا بالنص أو بالنظر إلى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر إلى المقصود فظاهر فإنه لو تمكن من الاسترداد رجعا جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق

وأما بالنظر إلى النص فلا أنه لما وجب القبض ابتداء وجب بقاءه لأن ما يتعلق بالحمل فلا ابتداء والبقاء فيه سواء ولا للحرمية في السكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون إلا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما بحكم الرهن وثبوت في المشاع والداعي إلى هذا التوجيه تخلص الكلام عن التكرار فإنه قال أحدهما يبتنى على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فالو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود وتكرر كلامه

(قوله ونقير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فإنه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء

وقوله (ولا ينفى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لا بد من الدوام ولا ينفى اليه الاستحقاق الحبس ولا استحقاق الحبس في المشاع لانه لا بد من المهايأة فكأنه يقول له رهنه لك يوما دون يوم ولا شك في عدم استحقاقه الحبس سوى يوم فيفوت الدوام الراجب تحققة (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت في المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها في الرهن بخلاف الهبة على ما ذكره في الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا (٢٠٥) أما على الوجه الاول فانه لا يقبل حكمه وأما على الثاني

فلا ينفى اليه الاستحقاق الحبس ولو جوزنا في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنه لك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المنافع في الهبة غرامية القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهما الحكم بغير بدال استيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز زمن شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم المالك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشروع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن أبي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم التحلية وما يرجع اليه فلا ابتداء والبقاء سواء كالحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمه وهو المالك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال (ولارهن غمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس برهون خالصة فكان في معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس برهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبي حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بوضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للبنى فيصير رهنها جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة (ولو كان فيه غمر يدخل في الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعات صحبه للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره بخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكره لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطوبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمرة (ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقبرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنها بحصته والابطال كله) لان الرهن جعل كأنه ما ورد الاعلى الباقي ومنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ومنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنها تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو في وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لحما في رأسها ودفع الدابة مع السرج والجام حيث لا يكون رهنها حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من نوابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلمتين حيث قال ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المدين الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجيره انتهى فليت شعري ما جل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف ههنا من الوجه الذي بيناه على العلة الثانية فقط الرهن لاتصالها بها خافه وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقي غير مشاع بأن كان المستحق جزءا معين غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان مابقي وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثاني تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المختلط للارض اذا المشاجرة هي المختالطة

وقوله (حتى تاريد دخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله اذ ارهن دابة عليم الجاهل أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعاً وقوله (ولا يستأجر الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك لا يجوز بيعه المسترى بالن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئاً ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه المستحق فيأخذ من البائع رهناً ثانياً لاستحقاقه أو سرجاً باطلاً حتى لا يملك المرفهين حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع ألا وأما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق الرجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن (٣٠٦) البائع دركه أولاً لأنه إذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

حتى تاريد دخل فيه من غير ذكر فان (ولا يصح الرهن بالامانات) كل ودائع والعواري والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض منه ولا يمتنع في بيعه ما لم يمتنع عليه قضى القاضي بقبض البيع بينهما أو لم يمتنع وهذا بناء على أن المبيع إذا استحق لم ينقض البيع بينهما ما يدون رضا البائع أو قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتائج أو التلقي من جهة المستحق قائم أما إذا قضى القاضي ثبت الجزر وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله (بأن أمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى اسستقراض شيء وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتياجاً للجواز دفعاً للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم

في الدرك موجوداً لا يشترط في الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

دون مجموع العتقين كما هو الظاهر وأعلى العلة الاولى لتقدمها في الذكركهناك والمحجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف و كل ذلك يتعلق بالدوام أي كل ما سرق من قوله الامقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أمانته لمقسه بالدوام بالنظر الى المقصود قطاها فانه لو عكس من الاسترداد عما بعد الرهن والدين جميعاً فيقبض الاستحقاق انتهى فقد جعل مدار الاستحقاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلاك في يد المرفهين حيث يهلك بماسمي من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لأنه لا بالاقبل من قيمته ومماسمي له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسيحي في شرح الطحاوي ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهل في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقبل من قيمته ومماسمي له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بماسمي من المال بمقابلته هذا إذا ساءل الرهن الدين قيمة وانما أطلق جرياً على العادة اذ الظاهر أن يساوى الرهن الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه تصويرين فان ما ذكر في الكتاب كما يشي فيما إذا ساءل الرهن الدين الموعود وهو ماسمي له من القرض يتشبه أيضاً فيما إذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان

ولانه في الدرك موجوداً لا يشترط في الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن بنسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكي محالاً على فصول الاستروشي (قوله لان احتمال اقامة البائع البينة على النتائج والتلقي من جهة المستحق قائم أما إذا قضى القاضي ثبت الجزر وانفسخ العقد) أقول والا فرب احتمال اجازة المستحق البيع

وقوله (لأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يسمع على اعتبار وجوده) أي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي للذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يملك بما سمي من المال بمقابلته ويجب على المقرض إبقائه ما وعده وهذا إذا ساءى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوى الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين الدين والمقبوض عليه في جميع الوجوه ليس بال لازم واعتباره به من حيث انه يملك مضمونا لأمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيقدر بقدره وضمنان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر إيجاب المسمى كضمنان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويسمع الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو وانح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدال الاوباب الاستبدال فيها مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كمالو كان الرهن عبدا لغات كان كفه على الراهن والاعيان من حيث المالية (٣٠٧) جنس واحد فان قيل لو كان كذلك

لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبر برنا التجانس من حيث المالية في الرهن اقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر ذلك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تلك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكا) أما حقيقة فظاهروا أما حكا فلان المرتهن انما

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويسمع الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بينا انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار بالباطل فبقى قبضا بذنه (وان هلك الرهن بثن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد ثم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان اقر قاقبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكا (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم والمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بجمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يملك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبس به لاخذ المبيع لان الثمن بدله

هذا اذا ساءى قيمة الرهن ما سمي له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيملك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقبل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكره هنا قوله حيث يملك بما سمي له من القرض في صورة لا طلاق جريا

يصير قابضا بالهلال وكان بعد التفريق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبس) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كل رهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبس به لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كمالو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأ المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وغر رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يملك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطى مثل الطعام الذي كان

(قوله وهذا اذا ساءى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلاك بما سمي أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمنان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاضوب وضمنان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر إيجاب المسمى) أقول لانتفاء البيع وان وجد القبض بجهةه (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم يبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يملك الرهن

على المسلم اليه وبأخذ رأس المال لأن يقض الرهن صارت ماله مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن إلى أن هلك فصار له لا اله
 الرهن مستوفيا بطعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقابلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك
 ههنا وهذا لأن الاقالة في باب السلم لا تحتل الفسخ بعد ثبوتها فهلك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل دفعة رب السلم اشتغلت بمالية
 الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم
 اليه رد الطعام أحجب بأننا سلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدر بمالية الأشياء بالنقد وليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره
 بها تسيرا فلا يقتضى الخرج على التقدير بغيرها ولما جمل الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهم ما تقدر بمالية الطعام
 تحقيقا لغرضه ما فكان الرهن من جنس الطعام تقديره فعد خلا كما اشتغلت الأمانة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من
 جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقي اقصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقرررة لما مر اتفاقا
 لا تحتل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى غنمه أنه يحبس) يعنى أدى غنمه ثم أراد فسخه للمشتري أن
 يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد خلك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء غنمه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك
 بغيره قال (ولا يجوز رهن (٣٠٨) الحروا والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقي) يعنى حق

ولو هلك المرهون به لك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا اشراء فاسدا وأدى غنمه أنه يحبس به يستوفى
 الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري به لك بغيره فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحروا والمدبر والمكاتب
 وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يدا الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في
 الحروا وقيام المانع في الباقي ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها
 لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن
 بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المدينون) لانه غير مضمون
 على المولى فانه لو ذلك لا يجب عليه شئ (ولا باجرة الناشئة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه
 لا يقابل شئ مضمون (ولا يجوز لاسلم أن يرهن خرا أو برتنه من مسلم أو ذمى) لتعذر الابقاء والاستيفاء
 في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالمر مضمون عليه لادى كما اذا غصبه وان كان المرتب من ذميا
 يضمنها المسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانهم مال في حقهم أما الملية
 فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فمابينهم كما لا يجوز قيمابين المسلمين بحال (ولو اشترى
 عبدا ورهن بئنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو اخلل خرا أو النساء ميتة فالرهن مضمون
 لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

الحرية وله هذا الوطرات
 هذه التصرفات أبطلته
 فاذا كانت مقارنته منعه
 وقوله (ولا يجوز بالكفالة
 بالنفس) لمعنيين أحدهما
 ما ذكره في الكتاب أن
 استيفاء المكفول به من
 الرهن غير ممكن والثاني أن
 المكفول به غير مضمون
 في نفسه فانه لو هلك لم يجب
 شئ وهما جار يان في
 القصاص في النفس وما دونه
 وأما لو رهن عن بدل الصلح
 فيهما فانه صحيح لان البدل
 مضمون بنفسه بخلاف
 ما اذا كانت الجناية خطأ
 لان استيفاء الارش من
 الرهن ممكن ولو صالح عنها

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون
 به لك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بفسر سد لان
 كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضى أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع الأبرى أن رأس

على عين ثم رهن به ارهنه لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك يفسخ الصلح فكان كالبيع (وكذا
 وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفع الشفعة ويقضى القاضى بذلك فيقول للمشتري أعطني رهننا بالدار المشفوعة
 وقوله (حتى لو ضاع) يعنى الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابل شئ مضمون ألا ترى أنهم ما لو رفا الامر الى القاضى قبل الرهن فانه لا يأمر
 المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعنى بالاقول من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن
 البائع والمشتري لو اختصم الى القاضى قبل ظهور الحرية والاستحقاق للقاضى يقضى بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكتفى لجهة الرهن
 ولصيرورته مضمونا

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول وقوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم
 رد الطعام اذ الكلام فيه كما لا يخفى (قوله وقوله لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله أقول بل يريد به قوله لان الرهن به وان كان محبوسا بغيره
 (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في صحيحه وذلك بتقدير المضاف أى من رهن الارش ولو قال لان استيفاء
 الارش من الرهن لكان بعدا من التكاف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يعذر أن يدعى انطواء
 التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابلها اذ الاستيفاء لم يالو الوجوب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظهر أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فإنه يهلك بالأقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهر فكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرد شيئا لأنهما الما تصادقا أن لادين فقد تصادقا على عدم الثمنان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) الصلح عن انكار والمشاخ قالوا القياس يقتضي أن

(٢٠٩)

يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسألة

(وكذا إذا قتل عبدا ورهن بقيته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا إذا صلح على انكار ورهن بما صلح عليه رهنا ثم تصادقا أن لادين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لأنه ملك الابداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لأن قيام المرتن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تملك أمانة والوصى بمنزلة الاب) في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الإبقاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الإبقاء إزالة ملك الصغير من غير عوض بقباله في الحال وفي هذا نص حافظ لما له نأجزع بقاؤه كما فوض الفرق (وإذا جاز الرهن بصير المرتن مستوفيا دينه لو ذلك في يده وبصير الاب) أو الوصى (موفيا له ويضمنه للصبي) لأنه قضى دينه بملكه وكذا لو سطا المرتن على بيعه لأنه لو كبل بالبيع وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسألة البيع فإن الاب أو الوصى إذا باع مال الصبي من غير نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا إلى عاقبته من حيث وجوب الثمنان (وإذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغيرا أو عبدا له تاجر لادين عليه جاز) لأن الاب لو فور شقيقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كافي ببعده مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصى من نفسه أو من هذين أو رهن عياله من اليتيم بحق اليتيم عليه لم يجز)

المال في المسألة الأولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن دلالة الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا أنها والاشارة إلى قوله لأنه رهنه بدوان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الأصل حين انعقاد الرهن وإن كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسألة الثانية نظير للمسألة الأولى تأمل تفهم (قوله) وكذلك لو سطا المرتن على بيعه قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصى يضمنان للصبي إذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتن فكذلك يضمنان إذا سطا المرتن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح إذ بآبي عنه جدا قول المصنف في التعليل لأنه توكيل بالمبيع وهما يملكانه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصى كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليه ما عبدا الصغير كذلك يجوز لهما أن يسطا المرتن على بيع ذلك العبد فيتم بتنظيم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سطا المرتن على بيعه إذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذلك القيد مما

(٢٧ - تكملة ثامن) على ابنه الصغير فباخذ شرا رهنا من متاعه فيكون رهنا من جهة ابنه ومهرته نالذاته وقوله (أو عبدا له تاجر لادين عليه) قيد بذلك لأن الشبهة على ذلك التقدير أما إذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لأنه يجوز من الوصى فلا أن يجز ومن الاب أولى فالرهن الوصى من عبده ولادين عليه لم يجز (قال المصنف وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر لا يناسبه كلمة عن

وذلك لا يجعل رهنه من عبده الذي لا دين عليه في الموضوعين كرهنه من نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز فكذلك اذا رهن من عبده والوصى لو رهن من نفسه لم يجز فكذا من عبده وهذا بناء على (٣١٠)

أن بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصى وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقبل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء وعند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على امرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاها ما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخافه بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التابع الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متمم فيه ولا تسمية في الرهن لان له حيا واحدا (وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ابقاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاول له التجارة تمشيرا لمال اليتيم فلا يجز بدما من الارتهان والرهن لانه ابقاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس الابن أن يرد حتى يقضى الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاء الابن يرجع به في مال الاب) لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فأشبهه بمعير الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يقسكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على امرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القديشيا آخر وهو أن يقول وأخذت منه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمن شيئا للصبي لانهم ما عدا كان رهن مال الصبي بدين عليهم ما وعدا كان التوكيل ببيع ماله فن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليمهما المرتهن على بيعة وبيع المرتهن اياه اذ لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الخافه بالاب) قلت قوله الخافه بالاب بالاب علة للثني دون الثني تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصى متاع الصغير لدين على نفسه ورهنه ما ذلك لدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لانياسب سياق كلامه وأيضاً قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجدا بالاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصي في مضمونه لانياسب لحاق كلامه فالخلف في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أرادهم ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على امرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهم مالا على الانفراد ملك بدينه مالا على كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت لكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكلية منع ظاهر الا يرى أن انسانا أو فرسا يطبق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاجزاء والاشجار مثل لا يطبق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطبق مقابله كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطبق مقابلة مجموع العسكر

(قوله لا دين عليه في

الموضوعين) أقول يعني الاب والوصى (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل باقل من الدين والقيمة فان لا يقال بئى كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول اى لمصلحة نفسه

بدن على نفسه ورهنها

ذلك بدن على الصغير وذلك
لأنه لما ملك أن يرهن بدن
كل واحد منهم معا على
الانفراد ملك بدنه ما لان
كل ما جاز أن يثبت لكل
واحد من أجزاء المركب
جاز أن يثبت لكل دون
العكس وقوله (كفعله
بنفسه) أي كفعلي اليتيم
بنفسه وقوله (والحكم
فيه هذا) يعني لو كان اليتيم
بالعاهر من متاعه بنفسه
ثم استعاره من المرتهن
فهلك في يده لم يسقط الدين
لان عند هلاك الرهن
يصير المرتهن مستوفيا
ولا يمكن أن يجعل صاحب
الدين مستوفيا لدينه باعتبار
يد المدينون واذا لم يسقط
الدين بهلاكه يرجع
المرتحن على الوصي بالدين
كما كان يرجع به قبل الرهن
ويرجع به الوصي على اليتيم
وقد ضاعت العين
من مال اليتيم لانه انما
استعاره لحاجة اليتيم
وقوله (يضمنه لحق المرتهن)
يعني قدر الدين ولا يضمنه
لحق الصغير يعني قدر الزيادة
على الدين

(قوله جاز أن يثبت لكل)
أقول اذا لم يمنع مانع كافي
الجمع بين الاختين وسائر
مالا يجوز الجمع بينهما
(قوله دون العكس) أقول
كما في الوكيلين والوصيين

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك السواد) لا يافته دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك
الربي وكذلك الجدا ب الاب اذا لم يكن الاب أو وصى الاب (ولو رهن الوصي متاعا لليتيم
في دين استدان عليه وقبض المرتحن ثم استعاره الرضي لحاجة اليتيم فضاغ في يد الوصي فانه خرج
من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة
الصبي والحكم فيه هذا على ما بينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي) معناه هو
المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعدي في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي
(ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعدي اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه
(ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعدي
في حق المرتحن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين
ان كان قد حمل (فان كان قيمته مثل الدين اداها الى المرتحن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه
مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا فصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى
المرتحن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير (وان كانت قيمة الرهن
أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتحن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن)
لانه ضامن للمرتحن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل
الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتحن ولا يضمنه
لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا
قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن
له ولاية الاخذ

معا وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجمع كل واحدة
من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو بملك عين ولا يجوز له أن يجمعهما معا في الجماع بشئ من
دينك السببين ولعمري سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكليسة فقالوا في البيان
والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدن كل واحد منهم معا على الانفراد فكذلك بدنيهما ولم يزيدوا على
هذا المقدار شيئا لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المسدود بدون تلك الكليسة لا يفيد
الشبهة في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكليسة الواقعة في كلام صاحب
العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن
يثبت لكل بان قال اذا لم يمنع مانع كافي الجمع بين الاختين وسائر مالا يجوز الجمع بينهما أقول هذا
التقييد يخل بالمقام أما ولا فلان التعليل المسدود لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع
فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان بينه في نفسه لما احتج الى ذكر جواز رهن الاب بمتاع الصغير بدنه
على نفسه وبدنه على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانيا فلانه
لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت لكل يجوز أن يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع
سيما في الامور الهينة (قوله وله هذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير
لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لا يكون

لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعدي به
ولهذا يضمنه

وقوله (بأخذه بدينه) أي يأخذ المرتهن ماضنه الوصي بمقابلته دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى قوله
لأنه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون
والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهما أن رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة ولا معتبر
بالجودة لسقوطها عند المبالغة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وأني برواية
الجامع الصغير لا تحتاجها إلى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمافي) يعني بذلك الرهن ببيع عقابله الدين كله وقوله (في الوجهين)
يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه (٢١٢) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا ذلك في يده يضمنه للمرتهن بأخذه بدينه إن كان قد حل ورجع الوصي على الصغير لأنه ليس
بمتعديل هو عامل له وإن كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم إذا حل الدين بأخذه بدينه منه ويرجع
الوصي على الصبي بذلك لماذا كرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لأنه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن
اختلفا في الجودة) لأنه لا معتبر بالجودة عند المبالغة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لأن عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي
الجامع الصغير فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بمافي) قال رضى الله عنه معناه أن
تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لأن الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الأول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن
كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور له ما أنه لا وجه إلى الاستيفاء بالوزن لما فيه من
الضرر بالمرتهن ولا إلى اعتبار القيمة لأنه يؤدي إلى إلزامه بأكثر مما كان عليه من الضمان بخلاف الجنس ليقض
القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية عند المبالغة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردى جائز كما إذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالأجاء ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن
نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر
التضمن بتعذر النقض

يعني عند أبي حنيفة
رحمه الله يهلك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسه وقوله
(ثم يملكه) يعني الرهن
يملك الرهن الذي جعل
مكان الرهن الأول
وقوله (واستيفاء الجيد
بالردى جائز) قال في
النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الأصح أن يقال
واستيفاء الردى بالجيد
جائز وإنما قلنا إن هذا
أصح لوجهين أحدهما أن
الاستدلال بقوله كما إذا
تجوز به أي في بدل الصرف
والسلم يؤذن أن الأصح
أن يقال واستيفاء الردى
بالجيد لأن التجوز إنما
يستعمل فيما إذا أخذ الردى
مكان الجيد ولأن جواز
استيفاء الجيد بالردى
لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج
إلى الاستدلال بشئ آخر
والثاني الاستدلال بوضع
المسئلة فإن وضع المسئلة

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعدي فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فإن الاستعمال
في حاجته نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له إذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك
كاه في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجته نفسه في شئ من معني الغصب
ولا في عدم لزومه لشيء منهما فكيف يكون الإقرار بالغصب أقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي
الجامع الصغير فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرون فضاء فهو بمافي) قال في العناية وأني برواية
الجامع الصغير لا تحتاجها إلى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية
القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغوا ولا يخفى أن رواية القدوري ليست
بحاجة إلى تفصيل كثير مثل ما يحتاج إليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن
رواية الجامع الصغير محتاجة إلى تفصيل ما حتى يقال إن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى ذلك بل مراده

فيما إذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءه فكان المرتهن مستوفيا الردى بمقابله وقيل
جيده وأني أن ما في النسخ حق ويقيد ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالأجاء) لما عرف أن
قبض الرهن ثبت الاستيفاء ولا ينتقض إلا بالردى والقرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد له من مطالب وهو ما أن
يكون الرهن أو المرتهن لا سبيل إلى الأول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لأنه مطالب فلا يكون مطالباً ولأنه يلزم تضمين
الإنسان ملك نفسه لنفسه وإذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما يذكرهما كدراهم والدنانير (قوله وأني برواية الجامع
الصغير لا تحتاجها إلى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة إلى التفصيل

وقوله (قبل هذه فربعة ما اذا الخ) انما يتصور جعلها فربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن ابيان رحمه الله ان محمداً مع أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمداً فيهما مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة لأنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينه مقام ماله عليه من الدين والزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلاً لردّه بالضممان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قبل ان الزئوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المسئلة في اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع شيء عند أبي حنيفة لمكان الجوده فكذلك في الرهن وعند محمد هناك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجوده فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأه أولى لانه وجد ههنا المرتن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهالك لعله أن بالهلاك يصير مستوفياً دينه باعتبار الوزن ولم يوجد حقه وقوله (ولو انكسر الارباق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الارباق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفسك لأنه ان أجبر عليه فاما أن يكون

(٢١٣)

مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتن يصير قاضياً دينه بالجوده على الافراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جوده الارباق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتن قبض الرهن سلمه عن العيب وبالا انكسار صار معيما فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفنكه بما فيه أي بالدين

وقبل هذه فربعة ما اذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهل كت ثم علم بالزئافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمداً فيهما مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها أو الزئافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الارباق في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفسك لأنه لا وجه الى أن يذهب شيء من الدين لانه يصير قاضياً دينه بالجوده على الافراد ولا الى أن يفنكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء الله بفتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتن والمكسور للمرتن بالضممان وعند محمد ان شاء الله بفتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهالك وهذا لانه لما تعذر الفسك مجانا صار بمنزلة الهالك وفي الهالك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهالك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أنه المصنف في مقدار عام جاني الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغما قاله ذلك البعض كمالا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتضى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتن وعيالك المكسور بالضممان وقال محمد ان شاء الله بفتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهالك وهذا لانه لما تعذر الفسك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شيء من الدين ولا أن يفنكه مع النقصان بقي أن يفنكه مجانا وهو معتذر فصار بمنزلة الهالك في تعذر الفسك وفي الحقيقي من الهالك مضمون بالدين بالاجماع فكذلك فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهالك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهالك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس السككي بأن يصير الرهن مملوكا للمرتن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

(قال المصنف وقبل هذه فربعة ما اذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية لتكون هذه فرعة تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرعاً أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كمالا يخفى على أولى النهي الآن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعند محمد) أقول على رواية عيسى بن ابيان (قوله لعله بأن الهالك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شيء من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وقوله (بأخذ بدينه) أى يأخذ المرتهن ماضيه الوصى بمقابله دينه فضله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) إشارة الى قوله
لانه ليس بتعديل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون
والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنهم فإن رهنتم بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن اختلفا في الجودة ولا معتبر
بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا يضمن القيمة من خلاف جنسها ويكون رهنها مكانه وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجها الى تفصيل ذكره وقوله (فهو بمافيه) يعنى فذلك الرهن ببيع بمقابله الدين كله وقوله (في الوجهين)
يريد ما يكون قيمته مثل وزنه (٣١٣) أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور)

فإذا خالف في يده يضمن المرتهن يأخذه بدينه إن كان قد حصل ويرجع الوصى على الصغير لانه ليس
بمعدل هو عامل له وإن كان لم يحصل يكون رهنه عند المرتهن ثم إذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع
الوصى على السبي بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه
يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فإن رهنتم بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وإن
اختلفا في الجودة) لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لان عنده يصير
مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسها ويكون رهنها مكانه (وفي
الجامع الصغير فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرة فضاع فهو بمافيه) قال رضى الله عنه معناه أن
تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن
وعندهما باعتبار القيمة وهى مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثانى فيصير بقدر الدين مستوفيا (فإن
كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لانه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لمافيه من
الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الرافضنا الى التضمن بخلاف الجنس لينتقض
القبض ويجعل مكانه ثم يملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردى جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا احتج الى نقضه ولا يمكن
نقضه بإيجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه ويتعذر
التضمن بتعذر النقض

يعنى عند أبي حنيفة
رحمه الله يملك بالدين
وعندهما يضمن القيمة من
خلاف جنسها وقوله
(ثم يملكه) يعنى الرهن
يملك الرهن الذى جعل
مكان الرهن الاول
وقوله (واستيفاء الجيد
بالردى جائز) قال في
النهاية هكذا وقع في النسخ
ولكن الاصح أن يقال
واستيفاء الردى بالجيد
جائز وإنما قلنا ان هذا
أصح لوجهين أحدهما أن
الاستدلال بقوله كما اذا
تجوز به أى في بدل الصرف
والسلم يؤذن أن الاصح
أن يقال واستيفاء الردى
بالجيد لان التجوز إنما
يستعمل فيما اذا أخذ الردى
مكان الجيد ولان جواز
استيفاء الجيد بالردى
لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج
الى الاستدلال بشئ آخر
والثاني الاستدلال بوضع
المسئلة فان وضع المسئلة

أقرار بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال
في حاجته نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير
على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك
كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معني الغصب
ولا في عدم لزومه شئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي
الجامع الصغير فإن رهن ابريق فضة وزنه عشرة وعشرة فضاع فهو بمافيه) قال في العناية وأتى برواية
الجامع الصغير لا احتياجها الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية
القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو لا يخفى أن رواية القدوري ليست
بحاجة الى تفصيل كثير مثل ما تحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن
رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة الى ذلك بل مراده

قيما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءة فكان المرتهن مستوفيا الردى بمقابله
جيده وأرى أن ما في النسخ حق ويقدم ما يرويه صاحب النهاية رحمه الله فليتامل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن
قبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالردى والغرض عدمه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب وهو ما أن
يكون الرهن أو المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا يطلب ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالب ولا يبارم تضمين
الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمن

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وإنما يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع
الصغير لا احتياجها الى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل

وقوله (قبل وهذه أربعة ما إذا الخ) انما يتصور جعلها أربعة تلك بناء على ما روى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمد دافع أبي يوسف رحمه الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لأن محمد دافع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزئوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها مقام ماله عليه من الدين والزينة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لرد الضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزئوف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهنالك المسئلة في اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجوده فكذا في الرهن وعندهما هنالك يضمن مثل المستوفي ويقام رد المثل مقام رد العين لمرأاة حقه في الجوده فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأ أولى لانه وجددها للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفي دينه باعتبار الوزن ولم يوجد حقه وقوله (ولو انكسر الارباق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الارباق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمه الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان أجبر عليه فاما أن يكون

(٣١٣)

مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جوده الارباق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سلمه عن العيب وبالا انكسار صار معيما فيحصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفشكه بما فيه أي بالدين

وقيل هذه أربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد فهاكت ثم علم بالز يافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمد دافع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف ليستوفي من عينها والز يافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الارباق في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجوده على الانفراد ولا الى أن يفشكه مع النقصان لما فيه من الضرر بخيرناه ان شاء افتشكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضممان وعند محمد ان شاء افتشكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجاع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدروري كما أنه المصنف في مقدار غمام جاني الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغاما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتنى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

الذي في المكسور وهو جميع الدين وبين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن وبذلك المكسور بالضممان وقال محمد ان شاء افتشكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفشكه مع النقصان بقي أن يفشكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجاع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

(قال المصنف وقيل هذه أربعة ما إذا استوفي الزئوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية ليكون هذه فرع تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرع أصل واحد قلت بين كيفية الفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولى النهي إلا أن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفي عبارته تصحيح الحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شأ كل ذلك وقوله (وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه) أي أن يكون الوزن عشرة كدنين وقيمته ثمانية لوجود عشرة فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن إيراد أم من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده إلى أن يحل الأجل ويكون المكسر له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما إذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما مر وكذا عند محمد رحمه الله لأنه يعتبر الانكسار بالهلال واليهلال عنده بالقيمة بمعنى في هذا التعليل وهو ما إذا كانت قيمة الأبريق أقل من وزنه فإنه يضمن فكذا الانكسار وإنما قدم الوجه الثالث على الثاني لاحتياج الثاني إلى زيادة بيان فيه فقول في الوجه الثاني وهو ما إذا كان وزنه عشرة كدنين وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر لجودة وسنائة فيه عند أبي حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته وبذلك خمسة أسداس الأبريق ويشترط سدس حذرا (٣٩٤)

وفي الوجه الثالث وهو ما إذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو يرد بها من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لأنه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلال واليهلال عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لأن العبرة للوزن عنده للجودة والرداءة فإن كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وإن كان بعضه فبعضه وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وعند أبي يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الأبريق له بالضمان وسدس به بقرض حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

شخصه رحمه الله أن التخصيص بالانكسار إن كان درهما أو درهماين يجبر الرهن على الفكالة بقضاء جميع الدين وإن كان أكثر من ذلك يجبر الرهن بين أن يجعل الرهن للمرتمن بدنه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجهه قول أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة في الأموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فإن كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما إذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وإن كان بعضه مضمونا كما إذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم

أقول لم أذكر كيف ذهبوا إلى هذا الشرح مع ظهور بطلانه إذ قد صرح المصنف بأن بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة في تلك المسئلة لأن محمد أباها مع أبي حنيفة وفي هذه المسئلة مع أبي يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما يتصور على ما روى عيسى بن أبان أن محمد أباها مع أبي يوسف في تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة في تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فإن قول محمد واحد في المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد بنافي البناء قطعاً والصواب في شرح هذا المحل أن يقال أي على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الأصح كما ذكره شيخ الإسلام في مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا وبفتح عياد كرهاً تحريراً صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما إذا استوفى الزئوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وملك الزئوف عنده ثم علم بالزيادة فانه سقط دينه ولا شيء عليه في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يضمن مثل ما قبض وبأخذ مثل حقه وقول محمد أولاً كقول أبي حنيفة وآخر كقول أبي يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والأصح أن هذه مسئلة مبتدأة لأن محمد أباها مع أبي حنيفة في تلك المسئلة في المشهور ومع أبي يوسف في هذه

الجودة على المضمون والأمانة قصصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لأن الجودة تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لأن الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لا يكون حكم البيع مخالفاً لحكم الأصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلال أن حالة الهلال حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هي منزلة الغصب في كونها على خلاف رضا الرادع فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الضمان والأمانة يشيع في الوزن والجودة لأن الجودة متقومة في ذاتها لا ليل اعتبارها عند المقابلة

(قوله وفي عبارته تصحيح الحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ما شأ كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيّد لا يذان بأنه لا يلزم الربا في خلاف الجنس وإن ضمن بالجيّد فليست أملاً فإن مراده تعليل تقنين ضمان الجيّد بكونه خلاف جنسه فإن المرتمن بمالك عشرة دراهم لضمانه ثمانية إن ضمن قيمته جيّداً من جنسه

(بمخلاف جنسها وفي تصرف الميراث) فانه اذا باع قايما وزنه عشرة و قيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري ويعتبر بخروجه من الثلث
 وأعدادها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لان كونها هدر في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كل زيادة في الوزن فامكن اعتبارها
 وبصير خمسة أسداس الاربع مضمونا لجودته وصنعتة وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر
 وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن
 مضمون والجودة أمانة لأن النسبة لأن الجودة تابعة للوزن (٢١٥) لاتنصل عنه وصفة الأمانة

في الموهون كذلك فيجعل
 الاصل في مقابلة الاصل
 والتبع بمقابلة التبع
 واذا ظهر ذلك فان زاد
 النقصان على الدرهمين
 وقع النقصان في المضمون
 وهو العشرة بالانكسار
 والانكسار عنده كالهلاك
 وفي هذا الفصل عند
 الهلاك يصير مستوفيا
 دينه فكذلك عند
 الانكسار يكون مضمونا
 بالدين ويتخير الراهن كما
 ذكرنا وان لم يزد على

الدرهمين وقع النقصان
 في الامانة والرهن والمضمون
 باق على حاله فيخير الراهن
 على الفكك كالمو ينقص
 منه شيء واعلم أن الدرهم
 والدرهمين ليسا بمختلفين
 في ذلك وانما الفاصل
 نقصان مقدار الصناعة
 كائنا ما كان وانما وقع
 الدرهمان ههنا باعتبار
 أن الزيادة في المسئلة
 مفروضة بذلك قال (ومن
 باع عبدا على أن يرهنه
 المشتري شيئا بعينه الخ)
 كلامه واضح وقوله (لم

بمخلاف جنسها وفي تصرف الميراث وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها اسمها فامكن اعتبارها
 وفي بيان قول محمد فوج طول يعرف في موضعه من البسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن
 باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس
 والاستحسان اذا باع شيئا على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة
 في صفقة وهو ممنوع عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه
 الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان
 الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن
 ولا الكفيل معينا وكان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فيبقى الاعتبار بعينه
 فيفسد ولو كان غائبا حاضرا في المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال
 زفر يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه
 ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع
 بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيسهل وما رضى الابن فيتخير
 بفواته (الا أن يدفع المشتري الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنًا) لان يد الاستيفاء
 تثبت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزئوف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس
 والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أي معنى الشرط وهو الملازمة أقول ليس هذا
 بسديد اذ لا يساعد محرم المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام
 المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أي معنى الشرط الذي هو الملازمة ملائم ولا حاصل له كما
 لا يخفى فالخى أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أي معنى الشرط الذي هو الاستيثاق وهو أي هذا
 المعنى الذي هو الاستيثاق ملائم أي ملائم للعقد لكونه مؤكدا بموجب العقد فصح العقد وهذا المعنى
 صحيح مطا بقوله في وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم
 للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا) وكان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى
 الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شيء وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام المدعى فانه
 انما يتم شيء فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضي
 الجهالة لجسوا أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا في المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل
 غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة في
 التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

يبقى معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير
 معين والكفيل غائبا فالتعريف لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشرة حقه أو يعطى كفيلا غير ملي وليس في ذلك من
 التوثق شيء فبقى الاعتبار بعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بمخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه بمثل المرتين عشرة دراهم بمقابلة اثني عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة
 أسداسه من خلاف جنسه) أقول جذرا عن الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدينارهم فقال له ائتمنى له حتى اعطيك الثمن) قيل يريد بثوبه باغير المشتري والصواب انه وغيره سواء ولو قال ائتمنى بدينارك او قال ائتمنى بدينار حتى اعطيك ثمنك فهو رهن بخلاف وقوله (علم ان مراده الرهن) لان حكم الرهن هو الخبس الدائم الى وقت الشكك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن

فصل في وجه الفصل كون (٣١٦) **الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد** قوله (وصار كالبيع

قال (ومن اشترى ثوبا بدينارهم فقال للبائع ائتمنى له حتى اعطيك الثمن فالتوب رهن) لان ائتمنى عيانا عن معنى الرهن وهو الخبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالته وقال زفر لا يكون رهننا ومثله عن أبي يوسف لان قوله ائتمنى يحتمل الرهن ويحتمل الابداع والثاني اقله ما يقتضى بشوته بخلاف ما اذا قال ائتمنى بدينارك او بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مرده الى الاعطاء علم ان مراده الرهن

فصل في ومن رهن عبدين بألف ففقدوا حصصهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين (وهو حصص كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزاء مبالغته في حله على قضاء الدين وصار كالبيع في يد البائع فان سعى لكل واحد من أعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزادات له أن يقبضه اذا أدى ما سعى له وجه الاول ان العقد متحد لا ينفك بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر ألا يرى انه لو قبل الرهن في أحدهما جاز

الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا المقام يعني أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمات معناه وهو الاستيثاق لان المشتري رعايا في شيء يساوي عشرة حقه أو يعطى كفيل غير ملى وليس في ذلك من التوثيق شيء فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصورا أما أولا فلانه ترك ذكر كون الكفيل غير معين في تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فمات معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا في مسألة الكتاب وأما ثانيا فلان قوله في التعليل أو يعطى كفيل غير ملى لا يقيده ما سبق له وهو قوله في المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضى عدم تعيينه فيجوز أن يعين المشتري للكفالة رجلا ملى غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيل غير ملى بعد أن عين الملى الكفالة والحق في تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره وأهل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره وأوقفها به من قوله ولو كان غائبا ففقد في المجلس وقبل صح تدبر

فصل في العناية أخذ من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء في تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل السابقة منه اذ لا تعدد في الرهن في شيء منها وانما التعدد في المرتبة في بعض منها وفي الراعي في بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتبة أو الراهن متعددا كما أشار اليه في غاية البيان فحينئذ ينظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة في هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى انه لو قبل الرهن في أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

في يد البائع) في أن المشتري اذا أدى حصة أحدهما من الثمن في البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدي باقي الثمن فاذا سعى لكل واحد من أعيان الرهن شيئا كالورهن عبدين بألف كل عبدين مائة ثم قضاهما فماتت فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزادات له أن يقبض اذا أدى ما سعى له وجه كل واحد منهما ما ذكر في الكتاب وقوله (ألا يرى) توضيح ذلك فانه لما تمكن المرتبة من تفريق القبول في الاتهاء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض في الانتهاء وحاصله أن الصفقة تنفك في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبدين بفقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تنفك فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تعليل

والهلال قبل القبض بطله فعدم ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يترك ما بقي فينسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلال ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به

فصل في ومن رهن عبدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرتبة (قوله وهذا لان البيع الخ) أقول قوله وهذا أي وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشتري من قبض حصة الثمن بنقده في الاول ولا يتمكن الراهن بإداء حصة أحد الرهين من استرداده لأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام في الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعته عبيدين بألف كل واحد منهما بمائة فقبل المشتري العتق في أحدهما دون الآخر لم يجز كافي حالة الاجال وهذا لان البيع عقد تسليم والهالك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عتقه أدى الى تفرق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إلى وهو أنه لو رهن عبيدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وإن باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيئا من الألف فقبل المشتري العتق في أحدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما إلى وهو ما ذكره بقولهما وهذا لان البيع عقد تسليم الخ والاول منهما سالم والثاني منطوق فيه عندى اذ لا شك أن المحذور تفرق الصفقة الواحدة دون تفرق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدى الى تفرق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشتري من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تسليم الخ فإثباته الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لمة الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الردى الى الجسد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشتري أن يقبل في أحدهما فيقبل الجسد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرط في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرمما كان أحد العبيدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفنى الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هالك تفنى الى المنازعة فلم يفتنى الى المنازعة فلهذا يمكن من فكالك البعض بقضاء بعض الدين

كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفرق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجال موجود قلنا نعم ولكن حصصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فرمما كان أحد العبيدين أكثر قيمة مثل أن يساوى أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذان ذلك وأراد الراهن فكالك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفنى الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لاجهالة هالك تفنى الى المنازعة فلم يفتنى الى المنازعة فلهذا يمكن من فكالك البعض بقضاء بعض الدين

(قوله فانه بالهلاك ينتهي)
أقول أى بالهلاك في
يد المرتهن (قوله فلو تمكن
من استرداد) أقول أى
فلو تمكن الراهن

قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهم مائتين في الدين أو غير ذلك لكون الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما ذراهم ودين الآخر دنانير لأن الشكل في ذلك سواء وقوله (لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا يشيوع فيه) قيل هو منقوض عما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد رحمتهما الله فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين بل نص على المناصفة والجواب أن (٢١٨) إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيع فيما يكون العقد مفيداً لذلك كالهبة

والبيع فإن العين الواحدة قال (فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا يشيوع فيه وموجبه صيرورته محتسباً بالدين وهذا لا يقبل الوصف بالتجزئ فصار مجموعاً لكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة (فإن تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لأن عند الهالك يصير كل واحد منهما مستوفياً حصته إذا استيفاء ما يتجزأ قال (فإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنًا في يد الآخر) لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فإن رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا يشيوع فيه قال صاحب العناية أخذ من النهاية قيل هو منقوض عما إذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبي يوسف ومحمد فإن العقد فيهما أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة وفيه الشيع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كالنص على المناصفة والجواب أن إضافة العقد إلى اثنين توجب الشيع فيما يكون العقد مفيداً لذلك كالهبة والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تقسم عليهم بالجواز والرهن غير مفيد لذلك وانما يفيده الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتسبة لحقين على الكمال فيمنع الشيع فيه تحرياً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيع يمنع عنه إلى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التفرير المذكور ليس بصحيح في حق الهبة إذ لا فرق على قول أبي يوسف ومحمد بين الرهن والهبة في عدم تحقق الشيع في شيء من صورتي رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول أبي حنيفة ألا يرى إلى ما صرح في كتاب الهبة من أنه إذا وهب اثنين من واحد داراً جازاً لهما ما سألما حاجلة وهو قد قبضت حاجلة فلا شيع وإن وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يصح لأن هذه أشبهت الجلة منهما إذ التملك واحد فلا يتحقق الشيع كالأورهن من رجلين وله أن هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم قبل أحدهما صح لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التملك كذلك لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيع بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما ما كلاً ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن انتهى فلا معنى انقضاء ما نحن فيه بالهبة على قول أبي يوسف ومحمد أصلاً ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر في الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وإن أعطى أحدهما دينه كان كله رهنًا في يد الآخر لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال في العناية أخذ من النهاية اعتراض عليه بأن المترهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في

والبيع فإن العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تقسم عليهم بالجواز والرهن غير مفيد لذلك وانما يفيده الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتسبة لحقين على الكمال فيمنع الشيع فيه تحرياً للجواز لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيع يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبي حنيفة رضي الله عنه في جعل ذلك شائعاً ما نفع عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) يشير إلى أن ارتهاك كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن إلى الراهن وقوله (لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

(قوله لكون القبض لا بد منه في الرهن والشيع يمنع عنه الخ) أقول وكذلك في الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان

المراد ذلك (قال المصنف فإن تهايا فكل واحد منهما في نوبته كالعديل في حق الآخر) أقول هذا إذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وإن كان مما يتجزأ رجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأصل المسئلة لو ديعه فيما إذا ودع رجل عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع أحدهما كله إلى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافاً لهما كذا في شرح الزبلي وقد نص عليه المصنف في كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب في المترهين

بأن المرتهن الذي استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي بالاستيفاء فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما بما بقي مالم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالته الرهن فإن فيه وفاء بدينهما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلان رهننا الخ) هذه عكس المسئلة التي تقدمت وهي واضحة ومن شعبها ما إذا كان في يد رجل ادعاه رجل أنه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاء آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها ووجهها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولاً في يد واحد أو في يدا أحدهما فإن كان في يدا أحدهما فهو أولى به لأن تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم إلا أن يقيم الآخر بينة أنه الأول فإنه صريح

(٣١٩)

وان لم يكن في يدا أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولاً وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكرناه من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت في جميع الرهن حتى إذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه في الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه

وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلان رهننا واحداً فهو جائز والرهن بكل الدين وللا رهن أن يحسكه حتى يستوفي جميع الدين) لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوخ (فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) لأن كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه إلى القضاء بكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهننا لهذا وكله رهننا لذلك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكل واحد بعينه لعدم الأولوية ولا إلى القضاء بكل واحد منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل ولا يقال أنه يكون رهننا لهما كأنهما ارتهنناهما إذا جهل التنازل بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لأننا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لأن كلامهما أثبت بينته حسباً

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضي أن لا يسترد الراهن ما قضاؤه إلى الأول من الدين عند الهلاك ~~لكن~~ يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما بما لم يصل الرهن إلى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفياً دينه من نصف مالته الرهن فإن فيه وفاء بدينهما فتمين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ما قبضه ثانياً انتهى أقول هذا الجواب غير شاف في دفع الاعتراض المذكور لأن السائل بسط مقدمة وهي أن المرتهن الذي استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة إلى الاستيفاء الحقيقي ففرع عليه أقوله فينبغي أن يكون الرهن في يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضي أن لا يكون ارتهان الذي استوفى حقه بائناً بعد استيفاء حقه لأن مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء رهنه بعده وبالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما مالم يصل الرهن إلى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه إذا كان الرهن في يدا الآخر ويستند في ذلك إلى المقدمة التي بسطها في أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

الله إلى هذا في الوجه الأول بقوله لأننا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة وبقي كلامه واضح والله تعالى أعلم

(قال المصنف لأنه يؤدي إلى الشيوخ فتعذر العمل بهما وتعين التنازل) أقول هذا إذا لم يؤثر أخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبتته في وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا إذا كان الرهن في يدا أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا في شرح الزيلعي وإذا أخرج أحدهما فقمه تفصيل مذكور في غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المنة مقدمة وهي واضحة ومن شعبها) أقول الضمير في شعبها راجع إلى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أي كونه في يد رجل (قوله ووجهها أن العبد ما أن يكون في أيديهما أولاً في يدا أحدهما) أقول لا فرق بين أن يكون في أيديهما وأن لا يكون في يدا أحدهما فإنه لا تقبل البينة في حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان في أيديهما فإن علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بد منه في المسئلة الأولى فإن كونها مسألة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد في الأصل وبه أي بالقياس نأخذ) أقول يعني في المسئلة الأولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت في جميع الرهن

باب الرهن بوضع على يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقف وحكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضى الراهن (٢٢٠)

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء ثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلاو ذلك على امانة لان الباطل لاحكمه قال (ولومات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس عذبا باطلا وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كافي حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد اذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضرمه وبعد المات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضرمه وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأته وأدعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة ثم اترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد المات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

باب الرهن بوضع على يد العدل

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانه عدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يضمن والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجوه في هذه المسئلة وجانها أن العبد امانة أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كافي الشراء وقد تقدم الآن بقم الأخر بينة أنه الاول فانه صريح في السابق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهم فهو والمذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب على ما ذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس تأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور فروع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما المخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسألة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحدهما فهو والمذكور في الكتاب أولا وان أرادهم أقول المصنف ولومات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس تأخذ فان محمد انما يأخذ بالقياس في المسئلة الاولى لافي المسئلة الثانية فكان حق قوله ان يزور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

باب الرهن بوضع على يد العدل

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقف وحكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضى الراهن والمرتهن

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن يبيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاثنى رجعهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في عذمه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة التوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

وانما

باب الرهن بوضع على يد عدل

(قوله ورضيا يبيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا أي يده الرهن عند حلول الاجل ليس يلزم في العدل فالاولى أن يقال سواء رضيا يبيعه الرهن أم لا قال الانصاري قال الخا كم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه مأور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن يبيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لأن نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير إلى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتين في حق المالية والضمنان إنما يكونان من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب اغما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتين حقيقة وهو ظاهر ولا يحكم لأن ذلك إما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لأن الأمر إنما يصح إذا لاقى حتما مستحقا لا مبرو بعقد الرهن لم يصير القبض حقا حتى كان للراهن أن يمنع منه وأما أن يكون من حيث موافقة الراهن إياه في الوضع على يد العدل

(٢٢١)

لوانفق على قبض الراهن لم يتم فكذلك إذا نفق على قبض العدل فالجواب أنه نائب من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لأنه فسح للعقد والراهن يتقرب به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله (لا يقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما يرفع) قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الأمر إلى القاضي أحدهما أما الراهن أو المرتين وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتين ولا للراهن أن يأخذ منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتين به باستيفاء فلا يملك أحدهما بطلان حق الآخر (فلو ذلك في يده ذلك في ضمان المرتين) لأن يده في حق المالية يد المرتين وهي المضمونة (ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتين ضمن) لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتين في حق المالية وأحدهما أجنب عن الآخر والمودع يضمن بالرفع إلى الأجنب (وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعينه ما دفع إلى أحدهما وقد استعمله المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لأنه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاهما منه ويجعلاهما رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له لو وصل المرهون إلى الراهن ووصول الدين إلى المرتين ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد (وان كان ضمنهما بالدفع إلى المرتين فالراهن يأخذ القيمة منه)

بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحب النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالوا رخصا ببيعة الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منهم ما بناء على ما هو الجارى بين الناس فيما هو الغالب والافراض ما يبيعه الرهن عند حلول الاجل ليس باصر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لأنه أمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير إلى دفع ماعسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتين في حق المالية والضمنان إنما يكونان من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لأن العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب اغما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلامة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يفتنى سقوط السؤال المتجه على أصلنا فلا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فلخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالتزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار إليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيها أو برأي القاضي عند العدل

ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة له أي للعدل لأن كل ذي حق وصل إلى حقه الراهن إلى الرهن والمرتين إلى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبذله من حيث المالية في حق المرتين وان كان ضمنهما بالدفع إلى المرتين فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما إلى القاضي) أقول قال الاتقاني وذلك ليس بشئ لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم إلى القاضي انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد إذا جعلت القيمة رهنا برأيها أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزبيلي

لان العين لو كان قائما في يده أخذها اذ أدى الدين فكذلك ما يقوم مقامه ولا جع فيه بين البذل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن بنظر ان كان العدل دونه على وجه العارية أو الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل بازاء اضمحان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك في يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن ردنا بان قال عدل هذا رهنك خذ به حقه واجسه بيدك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه اضمحان رقبته (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعني بدون رضا المرتهن رقبته (ألا ترى أنه) أي أن (عقد الوكالة) (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أي عقد الرهن وقوله (لانه)

أي عقد الوكالة لازم لان العين لو كانت قائمة في يده أخذها اذ أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جع فيه بين البذل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو ألعـدل أو غيره ما يبيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه لو كيل ببيع ماله (وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم يعزل) لانها شرطت في ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالو كيل بالخصومة بطلب المدعي (ولو وكاه بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهام عن البيع نسيئة لم يعمل فيه) لانه لازم بأصله فكذلك بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا يعزل لانه لو كانه وانما وكاه غيره (وان مات الراهن لم يعزل) لان الرهن لا يبطل بعوته ولانه لو بطل انما يبطل الحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (ولو كيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالو كيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بعوته ما ولا يموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبي يوسف ان وصى الوكيل بملك يبيعه لانه لو كاله لازمه فيما كاله الوصى كما مضى اذ مات به ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا فلما التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتحن أن يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى يبيعه (وليس للراهن أن يبيعه الا برضا المرتحن) لان المرتحن أحق بمالته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذي في يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين في لزومه (وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثاني وهو أن فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتحن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الأول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا أصح وعن أبي يوسف رحمه الله أن الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير وفي الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا

الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي انتهى أقول ان كان وجهه بجمعه عدم تحقق العموم فيما ذكر في النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأي الراهن والمرتحن مع أن الحكم فيه أيضا

فان لم يجد ما حبسه أيا ما ذكر في الزيادات أن القاضي يبيع عليه وهو على قوله ما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة واذا رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رجعهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المدينون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه اتواء حقه وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول) ذكر في المبسوط أن ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب في الفصلين) أي فيما كان مشروطا في الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أي يجبر فيما (ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير) حيث قال فيه اذا أتى الوكيل بجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا في العقد أو لم يكن وكذلك ذكر في الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للشئزى وملكه لا يكون رهنا

(واذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القائل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه أى هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزداد على دية الحر (فأخذ حكمه ان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضم غيره) أى ليس للعدل أن يضم المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضا حقه شكر الله سبحانه وسوى ألفاظ (٣٣٣) وضمائر فوضها زيادة ابضاح

فقوله (وصح الاقتضاء) أى صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله (وان ضمن البائع) أى العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أى على الراهن بشئ وقوله (فاذا تبين أنه ملكه) أى ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أى بأداء الثمن الى المرتهن وقوله (فله) أى فلما عدل وقوله (بطل الاقتضاء) أى بطل قبض المرتهن وقوله (انما أداه) أى انما أدى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أى بالثمن وقوله (لان المقبوض سلم له) أى لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وان شاء على المرتهن) أى وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداه اليه وقوله (فيرجع به) أى فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقضى) أى على القابض وقوله (فيكون البيع لحقه) فاذا وقع البيع لحقه وسلم جاز أن يلزمه

واذا توى كان مال المرتهن ببقاء عقد الرهن في الثمن اقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القائل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فيبقى عقد الرهن وكذلك لو قتل العبد فدفعت له لاند قائم مقام الاول لجاود ما قال (وان باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فنضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعدي في حقه بالمبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وضح الاقتضاء لانه ملكه بأداء الضمان فتمين أنه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع نفذ البيع أيضا لانه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وضح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد بأداء الضمان ونفذه به عليه فصار الثمن له وانما أداه اليه على حساب أنه ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فله مستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقلة فتعلق بحقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالمبيع وانما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فيبقى الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فالحق للعدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فالارجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفعت الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقضى بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعالى بحق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضى الله عنه هكذا ذكرنا كراخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأى القاضى لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيًا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أى الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكيل المشروطة في العقد وبين الوكيل التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهد على الراهن

(قال المحنف ثم استحق الرهن فنضمنه العدل كان العدل بالخيار الى قوله وليس له أن يضم غيره) أقول والظاهر أن يكون له مستحق خيار تضمين المشتري أيضا لانه متعدي بالأخذ والتسليم امكن لم يذكر

وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاذى يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا آجازه وسلمه ذلك لان من تصرف في مال له تعلق به حق الغير جاز موقوفاً كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان آجازه المرتين تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضياً وكذا لقضاء الراهن دينه فان آجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احتراز عما روى عن أبي يوسف (٣٣٥) رحمه الله أنه ان شرط عند

الاجازة أن يكون الثمن رهناً كان رهناً والا فلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازه المرتين بسبب جسد يد فلا يصير رهناً من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله (وولاية الفسخ الى القاذى لا اليه) أى لا الى المرتين لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاذى وقوله (لما ذكرنا) يعنى لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعنى لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتين ثم باعه بيعاً ثانياً فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو آجاز المرتين البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو آجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتين يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد يرهن لبيع فأيهما آجازه المرتين وسلمه اليه نفسذ وبأخذ الثمن ويكون رهناً عنده وانما خص اجازة البيع الثاني

لتعلق حق الغير به وهو المرتين فيتم توقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقه بهم به (فان آجاز المرتين جاز) لان التوقف سلفه وقد رضى بسقوطه (وان قضاء الراهن دينه جاز أيضاً) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل (واذا نفذ البيع باجازه المرتين ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبذل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع رضا الغرماء ينتقل حقههم الى البذل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأساً فكذا هذا (وان لم يجز المرتين البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتين بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بالعقده هذا العقد فبقى موقوفاً فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ المجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاذى والقاذى أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاذى لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعاً ثانياً يمان غيره قبل أن يجيزه المرتين فالثاني موقوف أيضاً على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو آجاز المرتين من البيع الثاني جاز الثاني (ولو باع الراهن ثم اجر أو وهب أو رهن من غيره وآجاز المرتين هذه العقود جاز البيع الاول)

محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على ما لم يجز فان القاذى يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ما اذا آجازه وسلمه كذا في العناية وغـيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأويلين ليسا بتأويل فقهي بل هما من قبيل التأويل اللغوي الذي فيه نوع الغار وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتين فيتم توقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظره انه ينفذ بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هناك أيضاً فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتين فيتم توقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق لانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعاليل المسئلة مسألة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام

(٣٩ - تكملة ثامن) لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقاً ولا يصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على ما لم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشاركة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفساد ولا باطل في الحال

والفرق ما ذكره في الكتاب والاصل في ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل بإجازته إلى غيره فإن كان البدل عما يتعلق به حقه
تعلق به حقه وإن كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا إذا باع الراهن الرهن ثانياً وأجازته المرتهن كان الثمن رهنًا عنده فكان إذا حظ من
العقد الثاني لتعلق حقه ببسطة فيصير تعيينه وإذا أجزع البيع أو رهن وسلم أو وهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الأول
وسمها أولاً لوقوعه قبلها لأن هذه العقود بعضها لا بدل فيه كإتيان الهبة والرهن وبعضها وإن كان فيه بدل لكن ليس عما يتعلق به حقه
كإتيان الإجازة فإنه فيما لا بدل عن المنفعة وحقه في مال الهبة العين دون المنفعة وإذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكأثر إجازته إسقاطاً
لحقه فنفس البيع الأول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم في الرهن والهبة اعتماداً على كونه معلوماً قال (ولو أعتق
الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ) إذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً وللشافعي رحمه الله أقوال شتى
النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال في المعسر في تنفيذه إبطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل أولى لأنه أسرع
نفوذاً من العتق حيث جاز في الكتاب (٢٣٦)

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببسطة فيصير تعيينه لتعلق فائده به
أما لاحق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجازة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه
في مال الهبة العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه قال المانع فنفس البيع الأول فوضح الفرق
قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان العتق معسراً
لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبهه البيع بخلاف ما إذا كان موسراً حيث ينفذ على بعض
أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمن وبخلاف اعتناق المستأجر لأن الإجازة تبقى مدهتها إذا
الحري قبيلها أما لا يقبل الرهن فلا يبيني وإنما أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن
المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الابق أو الموصوب ولا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام المقتضى وعارض الرهن لا يبيني عن زواله ثم إذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك
المرتهن في البدن بناء عليه كاعتاق العبد المشتري بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك البدن
فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى واستناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على
التسليم واعتناق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة
القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لأن يد
المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يقتصر إلى الملك يقتصر إلى القدرة على التسليم ولهذا لا ينفذ بيع
الابق والمستأجر والاعتاق لا يقتصر إلى البدل بل نفاذ اعتناق الابق كذا في الكافي وغيره واعتراض عليه
صاحب التمهيد حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف و بينهما فرق إذا ناسد
ملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع النضولي لا يملك بالقبض وهو موقوف لا فاسد
انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لأنه اغما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو اتفقت
القدرة على تسليمه بالكتابة والمتفق في بيع الرهن اغما هو القدرة على تسليمه بدون إجازة المرتهن أو قضاء

ذلك صح كما إذا أعتق العبد
المشتري قبل القبض أو
الابق أو الموصوب فإنها
تسرك المرهون في فوات
يد المالك وفي انتفاء القدرة
على التسليم ان باع فكان
المقتضى متحققاً والمانع
متفقاً فثبت الحكم
أما تحقق المقتضى فلا أنه
تصرف صدر عن أهله
ولا نزاع فيه مضاف إلى
محله لأنه لا خفاء في قيام
ملك الرقبة لقيام مقتضيه
وهو السبب الموجب لملكه
قبل الرهن وأما انتفاء
المانع فلا أن عارض النهي
لا يبيني عن زواله لأن موجب
عقد الرهن إما ثبوت يد
الاستيفاء للمرتهن كما هو
عندنا أو هو حق البيع كما
هو مذهب الخلفاء على

ما تقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن وإذا كان باقياً على ملكه وقد
أزاله بالاعتناق صح ويزول ملك المرتهن في البدن بناء عليه كما إذا أعتق أحد الشر بكن نصيبه لأن ملك الرقبة أقوى من ملك البدن
فلما لم يمنع الأعلى وهو حقيقة الملك للشر بكن عن صحة العتق فلا أن لا يمنع الأدنى وهو يد المرتهن أولى فإن قبل ليس المانع مخضراً
فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا امتنع النفاذ في البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن
اغما صلح مانعاً في البيع والهبة لانعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بوجود في الاعتناق فلا يصلح
مانعاً وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعي رحمه الله في بعض المواضع وادعى أن اعتناقه لغو وصورته مريض
أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لخلق الموصى له فكذا يجب أن يكون في الرهن ووجهه
أن ذلك لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا إشكال لأنه يعتق في الحال

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ إلى قوله وليس ذلك بوجود في الاعتناق فلا يصلح مانعاً) أقول وأيضاً الاعتناق لا يقبل الرد والفسخ
فكذا التوقف بخلافه ما فليتأمل

وقوله (واذا نفذ الاعناق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضى وانتفاء المانع نفذ الاعناق واذا نفذ الاعناق بطل
الرهن لقوات محله وما بعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس) (٢٢٧) حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من

السعاية بخلاف جنس
حق المرتهن فانه لا يقضى
به دينه بل يبدل به جنس
حقه ويقضى به دينه
وقوله (لانه لما نذر
الوصول) دليل وجوب
السعاية على العبد وقوله
(نذكره) يعني في هذا
الباب في مسئلة استيلاء
الامة المرهونة وقوله
(وعندهما التسكيلة) يعني
وان عتق عندهما لكن في
عتقه نقصان لكونه مطلوباً
بالسعاية فاذا أداها كل
العتق وقوله الا رواية
عن أبي يوسف رحمه الله
فان المبيع محبوس في يد
البائع كالرهن في يد المرتهن
وقوله (والمرتهن ينقلب
حقه ملكاً) يعني أن الرهن
اذا ملك في يده كان ملكاً
من حيث المألية وباق
كلامه واضح قال (ولو دبره
الراهن صح تدبيره الخ)
الراهن اذا دبر الرهن صح
تدبيره بالاتفاق أما عندنا
فظاهر لانه يوجب حق
العتق وحقيقته لم تمنع
حقه أولى وأما عنده أي
عند الشافعي رحمه الله
فلا لانه لا يمنع البيع فلا
يبطل حق المرتهن وقوله
(واذا صح) يعني التدبير
والاستيلاء (خرجا) أي
المدير وأم الولد يعني عندنا

واذا نفذ الاعناق بطل الرهن لقوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسراً والدين حالاً طوب
بأداء الدين) لانه لو طوب بأداء القيمة تنفع المناصاة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلاً
أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة
فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورتداً للفضل (وان كان معسراً سعى العبد في قيمته
وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما نذر الوصول الى عين حقه من جهة المعنى
يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة
أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه
قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمله عنه بخلاف المستسعى في الاعناق
لانه يؤدي ضماناً عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التسكيلة وهذا يسعى في ضمان على
غيره بعد تمام اعتاقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي
المسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته
الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهارة نقصان رتبته بخلاف المشتري
قبل القبض اذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق
البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في
الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكاً ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه
الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيه ما استقر بينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال
(له رهنتك عند فلان وكذب العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافاً لفرق هو يعتبره بأقراره بعد العتق
ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال ملك التملق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال
انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع
البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاء بالاتفاق) لانه يصح بأدنى الحقين وهو
مال الأب في جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا صح آخرهما من الرهن) لبطان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين
منهما (فان كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعناق (وان كان معسراً
استسعى المرتهن المدير وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعنى حيث يسعى في
الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزد عليه وحق
المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدياه من مال
المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلاً يسعى
المدير في قيمته فانه عوض الرهن حتى تجبس مكانه فيقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالاً لانه
يقضى به الدين ولو أعتق الراهن المدير وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان
كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال
(وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد

الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلاً فتوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ لو احدهما
تحصل القدرة على التسليم فينتقل البيع كما في البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن)
قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما واقتضى أثره صاحب معراج الدراية
وصاحب الغنية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وأما عنده فان المدير لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفاً وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوفه
على قوله فان كان موسراً ضمن قيمتهما

وقوله والواجب على هذا المستملك يعني الاجنبي وقيدته بذلك احترازاً عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم ذلك كما
سيجيء وقوله (كلها هلكت بأفة سماوية) يعني تكوُّر الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل
عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيئاً وأوجب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت بأقية ترجع الى
ما كانت عليه قبل الهلاك فانت تلك (٣٢٨) الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين

عند القتل بخلاف ما اذا لم
تتغير العين وقد تراجع
السعر لان العين التي
قبضها بحالها من غير
تفاوت فلا يسقط شيء من
الدين وقوله (وان نقصت
عن الدين بتراجع السعر)
اشارة الى هذا السؤال
والجواب وقوله (واذا
أعاد المرتهن الرهن للراهن)
فيه تسامح لان الاعارة تليق
المنافع بغضير عوض
والمرتحن لا يملكه فكيف
يملكها غيره ولكن لما
عومل معاملة الاعارة من
عدم الضمان وتمكن
استرداد المعير أطلق الاعارة
وقوله (لما فاة بين يد العارية
ويد الرهن) لان قبض الرهن
يوجب الضمان وقبض
العارية لا يوجبها وفي ايجاب
الضمان على المرتحن بعد
الاعارة يلزم الجمع بينهما
وهو ممتنع وذلك لان الضمان
انما يجب اذا كان يد
الراهن بعد الاعارة يد
المرتحن وبده اذ كان يد
عارية وفي ذلك جمع بينهما
لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد رهن للزوم عقد الرهن

لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضاً وقوله فان كان موسراً
ضمن قيمته ما ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلاً بل هو من المسائل التي
ذكرها المصنف في الهداية تفريعاً على مسألة مختصر القدوري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده
الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفاً على لفظ شيخ آخر في كتاب
آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة
المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفاً على قوله فيما مر فان كان
الدين حالا طوّل بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنًا مكانه حتى يحل
الدين لانه أيضاً لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضاً فيتم ويحسن عطف أحدهما
على الآخر ترتيب عبارة مختصر القدوري والبدية هكذا فان أعتق الراهن عبداً الرهن نفسه عتقه
فان كان الدين حالا طوّل بأداء الدين وان كان مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنًا مكانه حتى
يحل الدين وان كان الراهن معسر اسعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن
انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر
الى خمسمائة وقد كانت قيمة يوم الرهن ألفاً واجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة
لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق
لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالانلاف وهو قيمته يوم أ تلف قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

عند القتل بخلاف ما اذا لم
تتغير العين وقد تراجع
السعر لان العين التي
قبضها بحالها من غير
تفاوت فلا يسقط شيء من
الدين وقوله (وان نقصت
عن الدين بتراجع السعر)
اشارة الى هذا السؤال
والجواب وقوله (واذا
أعاد المرتحن الرهن للراهن)
فيه تسامح لان الاعارة تليق
المنافع بغضير عوض
والمرتحن لا يملكه فكيف
يملكها غيره ولكن لما
عومل معاملة الاعارة من
عدم الضمان وتمكن
استرداد المعير أطلق الاعارة
وقوله (لما فاة بين يد العارية
ويد الرهن) لان قبض الرهن
يوجب الضمان وقبض
العارية لا يوجبها وفي ايجاب
الضمان على المرتحن بعد
الاعارة يلزم الجمع بينهما
وهو ممتنع وذلك لان الضمان
انما يجب اذا كان يد
الراهن بعد الاعارة يد
المرتحن وبده اذ كان يد
عارية وفي ذلك جمع بينهما
لا محالة فاعتبرنا يد الراهن
يد رهن للزوم عقد الرهن

(قال المصنف فهو مضمون
بالقبض السابق لا بتراجع

السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضموناً عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة الرهن
سوى ما ضمن بالانلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب
أن لا يسقط بمقتضى بلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التأمل في كلام المصنف لعلمه بالوجوه اندفع هذا الاشكال

وأزنا الشمان القرض الموجب له وهو محسوس لا يرد وبل - وازانفكاك الرهن عن كونه منه ونافي الجلة بكافي ولد الرهن وكلامه
واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله للمنافقين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أي ما ذكرنا
من إغارة أحدهما بأذن الآخر أجنبيا (بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي) وبجلة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة
والرهن والإجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن إذا هلك حالة الاستعمال
أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة بحكم العارية والرهن | (٣٢٩) يبطل عقد الرهن وأما الإجارة

فالمستأجران كان هو الراهن
فهو باطله وكانت بمنزلة
مالو أعار منه أو أودعه فله
أن يسترده وان كان هو
المرتهن وجدد القبض
للإجارة أو أجنبيا بمباشرة
أحدهما العقد بأذن
الآخر بطل الرهن والأجرة
للمرتهن وولاية القبض
للعاقدين ولا يعود رهنه إلا
بالاستئذان وأما البيع
والهبة فإن العقد يبطل
بهما إذا كانا من المرتهن
أو أجنبيا بمباشرة أحدهما
بأذن الآخر وأما من
الراهن فلا يتصور (وقوله
لما بينا) يعني في صورة
العارية ثم لو اختلفا في وقت
الهلاك فالقول للمرتهن
والبينة للراهن قال (ومن
استعار من غيره ثم بالرخ)
ومن استعاره بالرهنة
فالمعير ما أن يطلق في ذلك
أو يقسده بشئ فإن كان
الأول فإرهنه المستعير به
من قليل وكثير جائز عملا
بالاطلاق وكان ذلك تبرعا
من المعير بأثبات ملك اليد
فيعتبر بأثبات ملك العين

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهالك وإذا بقي عقد الرهن فإذا أخذ عداد الضمان لانه عاد القبض في عقد
الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بأذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل
واحد منهما أن يرد رهنه كما كان) لأن لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الإجارة والبيع
والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بأذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدا (ولومات
الراهن قبل الرد إلى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه يتعلق بالرهن حتى لازم هذه التصرفات
فيبطل بحكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حتى لازم فافترقا (وإذا استعار المرتهن الرهن من الراهن
ليعمل به فله قبل أن يأخذ في العمل هلاك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا إذا هلك بعد الفراغ
من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغرض ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا إذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن
استعار من غيره ثم بالرهنة فإرهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع بأثبات ملك اليد فيعتبر
بأثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بعبئه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فإن النقصان بتراجع السعر
إذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالتلاف وكيف يكون
ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقسده وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب
أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استسكاله بشئ فإنه يصح بل بقول صاحب الهداية
وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر إذ لا شك أن القبض
السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهالك ينقرض الضمان ولما كان المعبر قيمته يوم القبض
ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الألف خمسمائة منه
بالتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثير في سقوط شئ
منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل
(قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بأذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا إلى قوله
للمنافقين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان
مع المناقاة بين يدي الإيداع والرهن أقول الفرق بين الإجارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في
شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكذا لم يرهما في شأ فليراجعهما (قوله وهذا
بخلاف الإجارة والبيع والهبة من أجنبي إذا باشرها أحدهما بأذن الآخر حيث يخرج عن الرهن
فلا يعود إلا بعقد مبتدا) قال الشراح وحكم الوديعة بحكم العارية وحكم الرهن بحكم الإجارة انتهى
وأورد بعض الفضلاء على قوله - وحكم الوديعة بحكم العارية بأن قال إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي
أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه لأن العدل من رضا بوضع الرهن في

واليد جميعا بأن استأذن أن يقضى دينه عليه عماله فان قيل اعتبار غير صحيح بل وازان يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب
أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه إذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المناقاة بين يدي الإيداع والرهن
فتأمل فإنه ممنوع (قوله وحكم الوديعة بحكم العارية) أقول إذا كان الإيداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه
العدل

فانه يجوز ان يتصل ملك البدن عن ملك العين ثمرة كالمصبي فانه ثبت له ملك العين دون البدن والا كالبائع بشرط ان يشاركه نزول ملك البدن دون ملك العين واذا كان كذلك بان ان ثبت للراهن ملك البدن دون العين قوله (لان الجهة التي فيها لا تنقضي الى المنازعة) يعني المداخلة المانع من التسليم والاسلم فانه اهي المقسمة لبعده فصار كما اذا اعترف باطلاق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر اراستس او المرتهن او البلد من التبعة بالخالفه لغيره ورتة خاصة بالتمسك بغير اذنه فان كان التقييد بالتقدير الزيادة عليه لمرات الغرض ذات غرضه الاحتباس بما تيسر اذ اثره احتياج الى فكها كونه هو اقل المالكين فالزيادة ضرورية في التقصان لان شرطه ما يستور أكثر المالكين ان ذلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وبفوت ذلك اذا رهن بالاقول وكذا منه ظاهر وقوله (ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لامل

ويجوز ان يتصل ملك البدن عن ملك العين بثبوت المرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصه وصافي الاعارة لان الجهة التي فيها لا تنقضي الى المنازعة (ولو عين قدر الا يجوز المستعير ان يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر اذ اثره وينفي التقصان أيضا لان غرضه أن يصير ممتوفا لا أكثر بمقابلته عند الهلاك يرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الأشخاص في الامانة والحفظ (فإذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق) بأن رهنه عقد اراما أمر به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فملك عند المرتهن يظل المال عن الراهن) لتام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاء وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراعن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما ضمن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبراعن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبر ان يعني جبرانا لمفات عن الراهن من القضاء بنفسه

يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما أن في صورة الايداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالايداع للمنافاة بين يد الوديعة ويد الرهن لتكون احدهما موجبة للضمان دون الاخرى كما ذكر في المناقاة بين يدي العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كائنين في بابه ولم يوجد شيء آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقى الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراعن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبراعن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلطات هذا الكتاب وكان افظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

(قوله فانه يجوز ان يتصل ملك البدن عن ملك العين ثبوتنا الخ) أقول فيه ثبت فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك البدن عن ملك العين ثبوتنا ثبوت ملك البدن لخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمسراد بالانفصال زوالا

أن يبقى ملك البدن وزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراعن الراهن) ولهذا أقول تعميم عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال نفي الاسلام بالزود ذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبراعن المرتهن لامن الراهن لان الرهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولهذه وقع من الكتاب أو صحفه القارئ كذا سمع نقله من خط مولانا ياس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراعن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتهكه جبراعن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة واهله من الجبر ان يعني جبرانا لمافات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا البدلية كما في قوله تعالى لا تجزي نفس عن نفس شيئا وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومعي عن أملك فلا غبار اذ يصير المعنى حينئذ جبراعلى المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه بل معناه يرجع على ما أدى إذا كان ما آداه بدر القيمة لا ما كان أكثر منها يعني أن كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بالعين ليس له أن يرجع بما زاد على قيمته لأنه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك وليس بوارد على المصنف رحمه الله لأنه وضع المسئلة فيما إذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لأنه يدعي عليه الضمان فان قيل إذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه (٣٣٩) الثوب بذنه ثم ادعى ما ينسخه

وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما إذا ادعى الغاصب رد المخصوص أحجب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقرب ذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراء في على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالاول لأن في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني للمعير فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصله) يريد عقد العارية

ولهذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبي إذا قضى الدين) لأنه متبرع أذهول لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفرغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه) لأنه لا يصير قاضيا دينه وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لأنه ينكر الإيفاء بعود الهلاك في هاتين الحالتين (أو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لأن القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار وصفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فلهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالوجود ويرجع المعير على الراهن بماله لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فافتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار أن شاهد رجوع بالدين على الراهن) لأنه لم يستوفه

شمس الأئمة السرخسي ونظر الاسلام البرزوي وقد نبه عليه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبراً عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبراً عن الراهن بغير رضاه وبوافقه تقرير صاحب الكفاية هذه المسئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبراً بغير رضا الراهن ليس للمرتحن أن يمنع إذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبراً عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبراً عن المرتحن وقال صاحب العناية قوله أفتكه جبراً عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة وأعله من الجبران يعني جبراً بالمفاتات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى أقول فيه كلام أما أولاً فلأن ما اختاره من المعنى لا يتشبه فيما إذا أراد المعير أن يفتكه قبل حلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذلك القضاء بنفسه لعدم محجبه وأنه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جبراً بالمفاتات عنه من القضاء بنفسه مع أن تلك الصورة أيضاً داخله في جواب هذه المسئلة كما لا يخفى وأما ثانياً فلأنه لم يسمع في العربية جبر عنه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الدخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر إلى المرتحن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر لكلمة عن متعلق إلا أن يصار إلى تقدير لمفاتات جلة وجعل كلمة عن متعلقة بالفظفات المندرج في ذلك ولا يخفى بعده حداف كيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (وقوله ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وهو هنا قيد لازم ذكره فان قوله

(قوله قال في النهاية ليس مجرى على إطلاقه إلى قوله وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزيلعي بعد ما نقل كلام النهاية وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكأن مضطراً وباعتبار الاضطراب ثبت حق الرجوع

فكيف يمنع الرجوع مع بقاء الاضطراب وهذا الان غرضه تخليصه ليمتنع به ولا يحصل ذلك الا بآداء الدين كله اذ للمرتحن أن يحبس حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد سنخ في هذا الاشكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذکور في الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكي فان قيل هو لا يتوصل إلى تخليص ملكه الا بإيفاء جميع الدين فلم يكن متبرعاً قلت الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليه باعتبار ما يتحقق به الإيفاء انتهى فتأمل فان الكلام محالاً (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للنكر ثم رأيت في الكفاية الآن يقال التشبيه في الانكار من غير نظر إلى كون المنكر معبراً أو مستعبراً

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الرهن وجب عليه رد العينة فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله في آخره (أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر) يعني بتسليم الرهن إلى المرتهن - سعي في جعل المستعير في الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم إلى المرتهن - بـ نزلة رده إلى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر إذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكاكه فليس ثم تحصيل مقصود الأمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير في غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد إلى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذي هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود إلى الوفاق فالعود إلى الوفاق قبل الرهن كأنه رد إلى صاحبه حكما وبعده إلى نائبه كذا في هذا الذي اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وأما اختيار شيخ الإسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود إلى الوفاق وإن عليه هذه

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أنلفه بالاعتاق (وتكون رهنه عنده إلى أن يقبض دينه فيردها إلى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضه ما حق فملكه عند المرتهن فلا ضمان على الراهن (لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما) فانه كان أميناً خاف ثم عاد إلى الوفاق (وكذا إذا فكك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتم احكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد إلى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان رده بنفسه فلا يرد من الوصول إلى يد المالك أما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الأمر وهو الرجوع عليه عند الفكاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تقويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كلاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المر بضر مرض الموت تنفذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أنلفه الورثة ضمنوا قيمته يرجع على الراهن بما أدى غير مجسري على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر الدين لا بما أكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر في الايضاح وقتارى فأنه يحنان فان عجز الراهن عن الاتسكال فافتكه المالك يرجع بقدر ما يملك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن أنفأ فرهنه بالدين فافتكه المالك بالدين يرجع بقدر ما يملك الدين به وهو الألف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو رهن الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقفي أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا تنفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى في الخصوص والعوم ولا في التقييد والاطلاق ألا يرى أن كلمة الكبرى شرط في أشهر الاقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فمن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييد هاتيك المقدمات بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعي قال في التبيين وذكر في النهاية أنه اذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بل يرجع على قيمته وهذا مشكك لان تخليص الرهن لا يحصل بإبقاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا بإداء الدين كله اذ المرتهن أن يجبه حتى يستوفى الكل على ما عرف في موضعه انتهى أقول في كلامه هذا فوج غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل إلى تحصيل ملكه الا بإبقاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ابقاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الا بقاء انتهى وقد تبعه في ذكر هذا السؤال والجواب صاحب الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرصيا عند الزيلعي أيضا فلا معنى لاستشكله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين في النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرصيا عنده كان عليه أن يبين محل فساد ولا ينبغي أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أنلفه بالاعتاق أقول كان اخفى في التعايل أن يقال لان الحق تعلق بماله وقد أنلفها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور في التحليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بماله الرهن دون رقبته

هو أن يكون غيره ممنوعاً عن إبطاله وقوله (والمراد بالجنابة على النفس ما يوجب المال) يعني أن تكون الجنابة في النفس أو مادونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جنابة الرهن على الراهن هدر (فلا تنها جنابة المملوك على المالك) فيما يوجب المال بدليل أنه إذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لأنه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فإذا جنى عليه شيء لكان واجبا عليه وذلك باطل وفوقه بالغصوب إذا جنى على ماله المغصوب منه فأنها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجنابة الموجهة للأشخاص فإن المستحق به أدمه والمولى أجنى عنه بوضعه أن أقرار المولى عليه بالجنابة الموجهة للأشخاص غير صحيح وبالموجبة للمال صحيح وأقرار العبد على عكس ذلك وله ما في الخلافية أن الجنابة حصلت على غير مالك العين وحصولها

لشترى به عبيد يقوم مقامه قال (وجنابة المرتن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لأن العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتن فيضمنه لمالكه قال (وجنابة الرهن على الراهن والمرتن وعلى ماله هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقال الجنابة على المرتن معتبرة والمراد بالجنابة على النفس ما يوجب المال أما الوفاقية فلا تنها جنابة المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جنابة المغصوب على المغصوب منه لأن المالك عند أداء الضمان يثبت للعاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جنابة على غير المالك فاعتبرت وله ما في الخلافية أن الجنابة حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد إليه بالجنابة فتعتبر ثم إن شاء الراهن والمرتن أبطل الرهن ودفعه بالجنابة إلى المرتن وإن قال المرتن لأطلب الجنابة فهو ورهن على حاله وله أن هذه الجنابة لو اعتبرناها للمرتن كان عليه التطهير من الجنابة لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب انضمام له مع وجوب التخليص عليه وجنابته على مال المرتن لا تعتبر بالاتفاق إذا كانت قيمته والدين سواء لأنه لا فائدة في اعتبارها لأنه لا يملك العبد وهو الفائدة وإن كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الأمانة لأن الفضل ليس في ضمانه فأشبهه جنابة العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لأن حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالضمون

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلا تنها جنابة المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جنابة الرهن على الراهن هدر فلا تنها جنابة المملوك على المالك وافتنى أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندى لأقام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور وإذا نصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علمنا فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لأن المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيقول المعنى إلى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعاً (قوله ثم إن شاء الراهن والمرتن أبطل الرهن ودفعه بالجنابة إلى المرتن) قال صاحب العناية قوله ودفعه فيه تسامح لأن المرتن لا يدفع العبد إلى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وإن كان قابلاً لذكره بلفظ الدافع

هذه الجنابة لو اعتبرناها للمرتن كان التطهير عليه لأنها حصلت في ضمانه (لكونه مخاطباً بالدفع أو الفداء كالراهن فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وإن كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفاً أو ثلثاً متاع المرتن فقال للراهن أمان تقضى نصف دينه أو يباع عليك العبد فإن امتنع عن القضاء يبيع العبد ويستوفى المرتن من ثمنه تمام قيمة المتاع فإن بقي شيء من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتن نصفه لأنه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون وبطل الأمانة للراهن وبطل المضمون للمرتن وإن قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهناً بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله ورعاً يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم المشاكلة (قوله أماناً يقضى نصف دينه) أقول بقدر الأمانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأني عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من كون الجناية على الرهن والمرتهن ههنا (بخلاف جناية الرهن على ابن الرهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا ساوى ألفا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس معتبرا فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالرهن يطالب بجميع الدين عند المرتهن الرهن الى الرهن وقوله (حتى لا يزاد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالمية فى حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أى لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا لألف الدين بالمائة التى غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنه ما كان لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر (٣٣٤) واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الرهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا ساوى ألفا بألف الى أجل فنقص فى السعر فزجعت قيمته الى مائة ثم قتل له رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن بقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الرهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزر هو يقول ان المالمية قد انتقصت فأشبهه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن قنور رغبات الناس وذلك لا يعتبر فى البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا فى الغصب حتى لا يثبت الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه بتقرر الاستيفاء فيه اذا لم يدب الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتل له خر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف فى ضمان الاتلاف لان الجبار بقدر الفات وأخذ المرتهن لانه بدل المالمية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالمية وحق المرتهن متعلق بالمالمية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الرهن بشئ لان يد الرهن بد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا لكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لألف بمائة لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا للمائة وبقي تسعمائة فى العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا لكل بالعبد لانه لا يؤدى الى الربا قال (وان كان أمره الرهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء عن حقه ف يرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الرهن صار كأن الرهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتل عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن عماله وقال زفر يصير شأناة له أن يد الرهن بد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخطأ بد لا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولا يحبان على زفر أن العبد الثانى قائم مقام الاول

الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذى قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رجحاهما الله فى حكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الرهن يفتكها بجميع الدين بالخيار وقول محمد رجحه الله فى الاولى كقولهما وفى الثالثة أن الرهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن عماله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رجحه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد فى أن الرهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة فبإساعلى

لوقوعه فى صحبته أو بالغلب سماء دافعا واثناه انتهى أقول لاصحة لوجه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكرنا شئ بلفظ غير لوقوعه فى صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكررت كلفظ وأريد به فى المرة الاولى أصل معناه وفى الاخرى غير ذلك كفى قوله تعالى حكاية تعلم ما فى نفسي ولا أعلم ما فى نفسك وفيما نحن

الصورة الثانية فان حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الرهن بالاتفاق والمرتهن تلك المائة التى ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة فى الكتاب

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أى أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولا أن تقول الاتفاق فى جواب المسئلة لا ينافى الاختلاف فى التخرج (قال المصنف لانه بدل المالمية) أقول أى القيمة وانما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا لدليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب الذكري والافاء لهلاك مقدم (قال المصنف وان قتل عبد قيمته مائة) أقول أى قتل العبد الذى قيمته ألف ولم يتراجع سعره لانه لا يلزم التكرار

وقوله (لما أودما) يعني صورة ومعنى أما صورة فقطاهر وأما معنى في فسلان القاتل كما تقول في الأدمية والشرع اعتبره بجزأ من حيث الأدمية دون المبالغة ألا ترى إلى استوائهم في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني إذا قتلها ما عبد ودفع مكانها قال المشتري يتخير بين أن يأخذ بكل الثمن وبين أن يفسخ (٣٣٥) البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير

المأودما ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه ولحمدي في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في يد الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد بل بقيام الثاني مقام الأول لما أودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز غلبته منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جامع له وأنه منسوخ بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن غلبته بآداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لأنه لا يملك التملك (ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء) لأن الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه إصلاحها (ولو أوى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد وأفده بالدية) لأن المالك في الرقبة قائم له وانما إلى المرتهن الفداء قيام حقه (فإذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء (فإن اختار الدفع سقط الدين) لأنه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالمالوك (وكذلك إن فدى)

فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فبذلك التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتل عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لأن وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لأن وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ما عبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما إذا تراجع سعر الرهن إلى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة إلى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضممار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار رغبة إلى هنا لفظ العناية أقول ما مر في بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة ابتدائية مأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنهما لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعها فان نص عبارة البدية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبد يساوي ألفا بالف إلى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته إلى مائة ثم قتل رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فإن المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشيء وإن كان أمره الراهن يبيعه

التراجع ولا تكرار رغبة (وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن) يعني إذا كانت القيمة والدين سواء أما إذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لأن العبد في ضمانه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكافي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما إذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكافي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فإنه مشى على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعني واذا كان على المرتهن وقد آذاه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى الى ولي الجناية والمرتهن على الراهن دين فالتقصيصا فاصلا فسلم الراهن ولا يكون متبرعا في أداء الفداء لانه يسمى في تخليص ملكه كغير الرهن وقوله (رحق ولي الجناية) بالجزم معطوف على دين المرتهن يعني أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المدون دفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما أتى في الديات وقوله (انقدمه على حق المولى) أى لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية فان المرتهن من يقوم مقام المولى في المسألة وولي الجناية في ملك العين

(قال المصنف لان دين العبد مقدم على (٣٣٤) دين المرتهن وحق ولي الجناية الخ) أقول قال الاتقاني قوله وحق ولي الجناية

لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يحاطب الراهن بالدفع أو الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كالموت في الابتداء وان قُتل فهو رهن مع أمه على حاله ما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق قيمته فان أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد قدس على حله كافي الفداء وان أتي قيل للراهن بعنه في الدين إلا أن يختار أن يؤدى عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كذا كرنا في الفداء (وان لم يؤد ويبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى

بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فالأن يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقدمه أنفا لتحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمن الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن

فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة قد دفع اليه مكانه افكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله في المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله في المعطوف عليه ولا شك أن الضمير في المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذي نقص في السهر فكذا الضمير الذي في المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعرج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير في المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذکور في ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره في المعطوف عليه وعلى كالا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شأبة التكرار واما ارجاع الضمير في المعطوف الى العبد المرهون المقيم بدعدهم تراجع السعر فما لا تساعده العبارة المذكورة قطعاً على مقتضى العربية فلا وجه للصير اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولي الجناية بالجزم أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولي الجناية أيضا حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء على ما أتى في الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أى لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولي الجناية

صراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجزم أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق (فان ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فانه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق في يد ولي الجناية شيء كالا يخفى (قوله وقوله وحق ولي الجناية بالجزم معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصيب أولى عطفا على دين العبد أى حق ولي الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول في دلالة على التقديم على حق ولي الجناية بحث فانه كما يقال للمولى في الاستهلاك بع أو أد المال كذلك يقال في الجناية ادفع أو اقد (قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه في المالية حيث يباع ويعطى ثمنه فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولي الجناية بل عكسه أظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد وعلبك بامعان النظر

(فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر الفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحققت لمعنى حرق ضمان المرتهن فأشبهه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد دخل أخذ منه) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان عن العبد لا يبقى بدين الغريم أخذ من الثمن ولم يرجع عما بقى على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستملاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بعهده (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما أفدياه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فان أجمع على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيننا وانما منه الرضا به (فان تشاحا والقول لمن قال أنا أفدي راهننا كان أو مرتهننا) أما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بيننا فكيف يختاره (ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهدا على ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتهن أن يفدي وقدها الراهن فله يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لانه لا يملك التمسك وقوله (فان تشاحا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن

(قال المصنف فان أجمع على الدفع دفعنا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعنا ولا يقال المراد رضا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الإجماع على الدفع والمخلص التغليب

لان المرتهن يقوم مقام المولى في المسألة وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العبد الى غنا كلامه وافتنى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدروري بذلك في شرحه وقد مر انفا تحققة أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أو لا وقتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن فبطل خطأ ضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استمك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجر أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول عذافي غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة تقدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشبهه على الفطن تحقيق تقدم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أو لا الى ولي الجناية الا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع غنمه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية أو لا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فان فضل شيء الخ) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شيء الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استمك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة أن المالك المستمك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شيء من ثمن العبد الذي يبيع فيلزم

وقوله (لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن إذا خوطب فلا بد له من أحدهما وأبهم ما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده والموعود بقوله وسنين القولين وما بعده واضح الخ

فصل هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة ثم صار خيلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وإن نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته في المكمل والموزون لا يسقط شيء من الدين عندهم وإنما يخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند

(٣٣٨)

إذا أنكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا

لان سقوط الدين امر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصيب الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فإذا أذاه الراهن وهو ليس بمطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمه الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبهه الاجنبي وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فإذا فاداه المرتهن فقد تبرع كالأجنبي فأما اذا كان الراهن غائبا تذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصى حياته نفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لو وصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا أو امره ببيعه) لان القاضي نصب ناظر الحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره (وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز ولا آخر ان يردوه) لانه اثر بعض الغرماء بالابقاء الحكمي فأشبهه الاشارة بالابقاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم أخرج الرهن) اعتبارا بالابقاء الحقيقي (ويبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدین لبيت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي نفسه يلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خيلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غائبا كان متطوعا عليه ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فإذا فاداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما في حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا

أن لا ينظم المعنى اللهم الا أن يكون قوله فان فضل شيء الخ مسألة مبينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل مجرد الترتيب الذي كالتسجل الفاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

فصل هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات

اليه فلا يكون متطوعا كغير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفلى ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه لا يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخلو الخلاص عنه عن الاشكال

فصل ومن رهن عصيرا (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خيلا يساوي عشرة الخ) أقول قال الزيلعي يشير الى أن الاعتبار في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل الاعتبار فيه القدر لان العصور داخل من المقدرات لانه اما مكمل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في انكسار القلب وانما يوجب الخیار على ما ذكرنا لان الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكمل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين باجتماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين والافلا انتهى فكان الاصول أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني ان الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله محله والخبر لا يصلح محلا للبيع ابتداء ويصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتم قبل القبض لم يبطل عقده فكذلك في الرهن ولقائل ان يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فيقال هذا يختلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يحجب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك يختلف عن ذلك الاصل واعلم ان العصور المرهون اذا انحمر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بمحاله تخلص أو لم يتخلص وفي الاقسام الباقية ان تخلص فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلص بنفسه فهل للمرتهن أن يتخلله أو لانيته تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليها له لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها بمكسبة بالتخلل فصار كتحصيل الرهن من الخيانة والمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخبر ليس بجعل بالنسبة اليهم فلا يجوز في المرتهن الكافر أو لى لانها محل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الجزية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليها فان تخللها ضمن قيمتها يوم تخللها لانه صار غاصبا بجماع صنع كماله غصب خسر ذى تخللها فاخلل له وتقع المقاصصة ان كان الدين من جنس القيمة ويرجح بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليس من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين ويعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة خمسة ومساوخة فان كانت قيمتها خمسة عشرة وقيمتها مساوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتها درهما وان كانت قيمتها مساوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية

(٢٣٩)

قال (وعناء الرهن للراهن الخ)

الاصول ان الاوصاف

القارة في الامهات تسرى الى

الاولاد اذا كانت صالحة

لاحكامها والرهن منها لكونه

حقا لازما اذ لا يلزم هو القار

والقار ما يكون ثابتا في

جمله الام ولا ينفرد من عليه

بابطال حكمه ككونها حرة

وقنعة ومبيعة ومكاتبه

ومدبرة وانما قسرها بذلك

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتم قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير في البيع تغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فبذبح جلدتها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فبذبح جلدتها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنقضاء لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من ينعى مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال (وعناء الرهن للراهن وهو مثل الولد

فيما سبق) قوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء أقول لقائل أن يقول لو كان مدارسه مثلنا المذكورة على هذا القدر من

لشاة ترد كقالة الحرة فانها ما تسرى الى الاولاد والازالة بعد كمال الحول كذلك فانها ما يشترط في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولشاة يراد ولد الخانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتهن الاحكام الاوصاف لشاة يراد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحه والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

(قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يحجب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحيث لان ما ل ما ذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصرية الى الجزية معصاها والاولى أن يحجب بان الخبر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتم فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء لنهي عن الاقتراب والاعتراض ولا يوجد ذلك في البقاء فليتنا مسل (قوله والخبر ليس بجعل) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الخيانة بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي اللازم (قوله فانها ما يشترط في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لشاة يراد ولد يعني لا في جملتها أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملة ما أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانها ما لا يثبتان في عين الامهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولشاة يراد ولد الخانية فان من عليه الخ) أقول لفظه من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالابطال) أقول أي بابطال الخيانة عن الام بالتزامها في ذمة باختيار الفداء (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا فالايرد نقضا لعدم ثبوت الام

وأما في الغصب فلا ان الضمان به يعتمد قبضه مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الرد وإذا ظهر هذا علم أن غناء الرهن كاللبن والتمر والوصف
 والراهن لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له ففي الأصل وصدا أن لا ضمان الملك ركونه رهنا فيسريان إلى الراد
 فان ثبت أن ذلك بغير شيء لأن الاتباع لا يقطع لهما مما يتقابل بالأصل إذا لم تكن مقصودة لأنها لم تدخل تحت العتمة مقصودا
 الرهن به يتناولها وان ذلك الأصل (١٤٥٠) وبقي التمسك بالقيمة الرهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم
 القبض لأنه منقسمون

أو التمر واللبن والوصف) لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له والرهن
 حق لازم فيسري إليه (وان ذلك بغير شيء) لأن الاتباع لا يقطع لهما مما يتقابل بالأصل
 لأنها لم تدخل تحت العتمة مقصودا إذا لفظ لا يتناولها (وان ذلك الأصل وبقي التمسك
 الرهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة التمسك يوم الفسك) لأن الرهن
 يسير مع مضمونها بالقبض والزبادة تصير مقصودة بالفسك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابل شيء إذا
 صار مقصودا كواد البيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابل الأصل مقصودا وما أصاب
 التمسك افتسكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل فتخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية
 المنتهى وتماصه في الجامع والزيادات (ولرهن شاة بعشرة وقيمة عشرة وقال الراهن للرتن احلب
 الشاة فاحلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها
 بالشروط وانطرد لانها اطلاق وليس بتعليق فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لأنه أتلفه بأذن
 المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى
 قيمة الشاة فما أصاب الشاة يسقط وما أصاب اللبن أخذ هذه المرتن من الراهن) لأن اللبن تلف على
 ملك الراهن بفعل المرتن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كأن الراهن أخذته وأتلفه
 فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فبقي بحصته وكذلك ولد الشاة إذا أذن له الراهن في
 أكله وكذلك جميع التمسك الذي يحدث على هذا القياس

بالقبض لأنهم منقسمون
 يوم الفسك لأنه انما صار
 مضمونا به ولذلك قبله
 ذلك شيئا واتبع بقابله
 شيء إذا صار مقصودا كواد
 المبيع فإنه يكون له حصه
 من الثمن إذا صار مقصودا
 بالقبض والزبادة ههنا
 صارت مقصودة بالفسك
 فيخصه شيء من الدين فما
 أصاب الأصل يسقط من
 الدين بقدره لأنه يقابل
 الأصل مقصودا وما أصاب
 التمسك افتسكه الراهن به
 وقوله (وصور المسائل على
 هذا الأصل) يعني ما ذكرنا
 من قيمة الدين على قيمتها
 يوم القبض والفسك
 (تخرج) وفي ذلك كثرة
 وتطويل فأعرض عنها
 وتابعناه في ذلك وقوله
 (فيصح تعليقها بالشروط)
 يريد بالشروط قوله فاحلبت
 فان كلمة ما تضمنت معنى
 الشرط وليذا دخل الماء
 في خيرها وقوله (لأنه أتلفه
 بأذن المالك) فيه إشارة
 إلى أنه لو أتلف بغير إذنه
 ضمن وكانت القيمة رهنا
 مع الشاة وكذلك الوكيل

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خالا في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة
 فتحمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب
 العناية ولقائل أن يقول ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فبال هذا الخلف عن ذلك الأصل
 قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف
 لذلك تخلف عن ذلك الأصل انتهى أقول في الجواب بحث اذ لقائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل
 المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما إذا اشترى عصيرا فتحمر قبل القبض اذ على
 تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الاتية
 ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيرا
 فتحمر قبل القبض يبقى العقد لأنه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو
 تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون
 الحكمي قلنا لقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كأنه لا تأثير في الخلف عن ذلك الأصل
 المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكا وما الفارق بينهما وبالجمله لا كلام بحال في كل حال وأورد
 بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان ما ذكره أن يكون السالب
 لقابلية التحلية وهو تبدل وصف العصرية إلى الخيرية محتملها وقال والاول أن يجاب بان الخرج قابل
 لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما إذا كان لمسلم عصير فتحمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

الراهن ذلك بدون اجازة المرتن

قوله وأما في الغصب فلا ان الضمان به يعتمد قبضه مقصودا الخ) أقول وإذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه
 لا محالة (قوله وقيمة التمسك يوم الفسك لأنه انما صار مضمونا به) أقول التمسك في به راجع إلى الفسك (قوله إذا صار مقصودا
 بالقبض) أقول إذا ماتت الام

قال

قال (وتجوز الزيادة في الرهن الخ) الزيادة في الرهن مثل أن يرهن ثوباً بعشرة يساوي عشرة ثم زيد الراهن ثوباً آخر ليكون مع الأول رهناً بالعشرة جاز عند علماءنا رحمهم الله والزيادة على الدين (٣٤١) لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف وقال زفر والشافعي

يوسف وقال زفر والشافعي لا تجوز الزيادة فيهما جميعاً والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثلن والمهر والمنكوحه وهو أن يزوج المولى أمة من رجل بالف ثم زوج أمة أخرى بذلك الألف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الألف عليهما ما وذكروا في الأسرار وطريقة البرعزى وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حماد الدين الضير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لا تجوز الزيادة في المنكوحه أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر وأما لو قال زوجته هذه الأمة الأخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله (الآثرى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة) يعني من الدين الذي هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزاً ولو رهن ثوباً بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) إفساد للجامع الذي ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد إنما يتصور إذا كانت الزيادة في المعقود عليه أو المعقود به الزيادة في الدين ليست

قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) عند أبي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهناً لهما وقال أبو يوسف تجوز الزيادة في الدين أيضاً وقال زفر والشافعي لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثلن والمهر والمنكوحه سواء وقد ذكرناه في البيوع ولا ييوسف في الخلافة الأخرى أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشروع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن عبداً بخمسمائة من الدين جاز وإن كان الدين ألفاً وهذا شيعي وع في الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انقضاؤه والالتحاق بأصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع لأن الثمن بدل يجب بالعقد ثم إذا صححت الزيادة في الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقد شرعت لأحكامها وأما لم يكن محلاً للعقد ابتداءً للتمسك عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتمل انتهى إلى هنا كلامه أقول جوابه الذي عده أولى ليس بشئ لأن مورد السؤال الذي ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ إنما هو قولهم في تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخبر أن لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محصل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيسواء فإما معنى كون الخبر محلاً للبيع في البقاء دون الابتداء ولا شك أن القول بأن الخبر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لا يدفع السؤال المزبور المورد على قولهم في التعليل المذكور أن الخبر لم يكن محلاً للبيع ابتداءً فهو محصل له بقاء بل يكون ما له تغيير تعليمهم المذكور إلى أن يقال إن ما يكون محلاً للبيع يكون محلاً للرهن والخبر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا في الرهن وهذا مع كونه عديلاً عن تعليمهم المرضي عندهم ليس يصح في نفسه إذ لا ريب أن ما يكون محلاً للبيع وهو ملك العين لا يكون محلاً للرهن فإن حكم الرهن إنما هو ثبوت يد الاستيفاء والجلوس للرتن لا غير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة في الدين توجب الشروع في الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لافائدة لقوله وهو القياس في أثناء ذكر دليلهما لأن دليل أبي يوسف أيضاً هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف إياه حيث قال إن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب السكا في القيد المذكور أعني قوله وهو القياس في أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبي يوسف في هذه المسئلة التي هي الخلافية الأخرى وهي مسألة الزيادة في الدين بل مراده بذلك الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة في الخلافية الأولى وهي مسألة الزيادة في الرهن فإن أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به في النهاية وغيره وأما الباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبي يوسف في الخلافية الأخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما في هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما في خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضاً هو القياس في هذه المسئلة وإنما الاستحسان أصلهم في الخلافية الأولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

(٣١ - تكمله ثامن) قال المصنف وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين) أقول معناه لا يكون الرهن رهناً بالزيادة لأن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعاً (قال المصنف وقد ذكرناه في البيوع) أقول المذكور فيه خلافها في زيادة الثمن وحطه لا غير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فإنه ليس فيه لفظ التزويج

في من ذلك أما ان غير موعود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسبب قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فإنه معقود عليه
لأنه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعد وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعني بخلاف غناء الرهن فإنه ليس زيادة قصدية
بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعني اذا رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا تساوى ألفا
فتدال الراهن زد ذلك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا تساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينتظر الى
قيمة الولد يوم الفسك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفسك وقيمة العبد يوم قبضه لأنه دخل في
ضميمة القبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لأنه اذا ذلك خرج من العقد وصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال
الراهن زد ذلك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض (٣٤٣)

فيما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لأن الزيادة دخلت على الام فصارت كأنها كانت في أصل العقد فيكون الولد دخلا في حصة الام خاصة فان مات الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة غناء فيها ما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يطل الحكم في الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان العقد في الام ولولده معها قال (فان رهن عبدا تساوى ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعني في صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لفرجه الله) هو يقول ان الضمان في باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجبته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق في الدين بالبراء أو بالهبة يكون الدين الذي يزيد ينال جديدا بما جوب متأخر عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام في الالتحاق بأصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن أصل عقد الرهن إلا أنه ثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية جديدة فتصير كالرهن الابتدائي ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالأصل فان الالتحاق فرع التحقق فلهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الإبراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر في الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجبته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق في الدين بالبراء أو بالهبة

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به ولو جوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنه ليست في المعقود عليه فظاهر وأما أنه ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الأصوب ذلك لأن ظاهر تقديره يدل على ان المقصود بالثبوت كون الزيادة مقصورة عليها وبها وليس كذلك لظاهر وأما أنه ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير الى المتحقق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفسك (قوله وان لم يبق الدين بالبراء) أقول لفظ الإبراء ليس في محله كالا يخفى (قوله ولو توهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفي بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاحظه لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرمين
بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين اجاب بقوله الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لا انتفاء ولا ية منعه والجواب عن صورة
الاستيفاء ما ذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط اقيام الموجب وهو العقد
الذي لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضي الى الدور وقوله (فاما هو) يعني تعذرا للاستيفاء
فاما الدين فهو قائم في نفسه وهو تكرر بالتوكيد (فاذا هلك) يعني الرهن بتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني
وهو الحقيقي اثلاثا بتكرار الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أي لان كل واحد من الشراء
والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا أو قيمته ان هلك في يده قبل
الرد وقوله (لانه) يعني

(٣٤٣)

البراءة بطريق الاداء
اشارة الى الجواب عما يقال
ذمة المحيل تبرأ بالحالة
عما عليه فكان ينبغي أن
يكون بمعنى الابراء فيه لك
أمانة ووجه ذلك ما أشار
اليه أن الحوالة وان كانت
ابراء لكنها بطريق الاداء
دون الاسقاط (لانه يزول
به) أي بعبء الحوالة الخ
وقوله (لانه) يعني المحال

ولاحظه لسقوطه الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لا يبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت
المرأة رهنا بالصداق فأرته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم
هلك الرهن في يدها يملك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كافي الابراء ولو استوفى المرمين
الدين بايقاف الراهن أو بايقاف متطوع ثم هلك الرهن في يده يملك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى
ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما
ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط اقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله
فاما هو في نفسه فقام فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثاني (وكذا اذا اشترى
بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا أحال الراهن المرمين بالدين على غيره ثم هلك
الرهن بطلت الحوالة ويملك بالدين) لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل
ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل
(وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يملك بالدين)

عليه (بمنزلة الوكيل) عن
المحيل بقضاء الدين وقوله
(وكذلك لو تصادقا على أن
لا دين ثم هلك الرهن الخ)
اختيار بعض المشايخ اختاره
المصنف ومنهم من قال اذا
كان التصديق بعد هلاك
الرهن والدين كان واجبا
ظاهرا فهو كذلك فان
وجوبه ظاهرا يكفي لضمان
الرهن فكان مستوفيا فأما
اذا كان قبله هلك أمانة

(قوله ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط اقيام الموجب
الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول فانتقض
الاستيفاء الثاني) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمي وبالاستيفاء الثاني هو الاستيفاء
الحقيقي كذا في عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمي الذي ثبت للمرمين
بقبض الرهن اما أن ينتقض بالاستيفاء الدين حقيقة بايقاف الراهن أو بايقاف متطوع قبل هلاك الرهن
أو لم ينتقض بل بقي على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك بتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم
أن المنتقض لا يعود وقد حصر في الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقي على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء
عند استيفائه الدين بايقاف الراهن أو بايقاف متطوع وتكرره مؤدلى الى باقاسد كما مر أيضا غير مرة
ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه في قوة الزوال والانتفاض برد المرمين
الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقي كما فيما نحن فيه فكان
الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقي ما لم يتقرر الاستيفاء الحكمي به لانه الرهن في يد المرمين فلم
يجعل فاسدا ههنا غاية ما يمكن في التفصي عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

لان بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول أنفا (قوله وبالاستيفاء لا يسقط) أقول يعني لا يسقط الدين (قوله اقيام الموجب)
أقول يعني الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك في يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا
على أن لا دين) أقول قال الزيلعي قال في السكا في ذكر شمس الأئمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقي ضمان الراهن
اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن
وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يملك أمانة لانه بتصادقهما ينتفي الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبق بدون الدين
وذكر الاستيعاب أنهم اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لا يملك مضمونا انتهى واختيار المصنف
هلا كما مضمونا في صورتين كما لا يخفى

ووجه مختار للمصنف ما ذكره من وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفاءه فتكون الجنية باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بمخلاف الإبراء) راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمة إلى ههنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجنية باقية

كتاب الجنايات

ذكر الجنايات عقب الرهن لأن الرهن لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس والمال وسيلة للنفس (٢٤٢)

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتسكون الجنية بنية بخلاف الإبراء والله أعلم

كتاب الجنايات

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ وانقتل بسبب)

(قوله بخلاف الإبراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الإبراء راجع إلى قوله ولو استوفى وذلك لأنه من ثمة إلى هنا نقوض على جواب الاستحسان في صورة الإبراء وقال والاولى أن يرجع إلى قوله فتكون الجنية باقية انتهى أقول لا مسح عذري لأن يكون قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لأن لمصنف قال بعد ذكر مسألة استيفاء المهر الذي في إبراء وبين وجه الفرق بين الإبراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الإبراء راجعاً إلى قوله ولو استوفى لتكرر الحاشي في كلامه وحاشاله عن ارتكاب مثل ذلك

كتاب الجنايات

أورد الجنايات عقب الرهن لأن كل واحد منهما الوفاة والصيانة ذن الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا يرى إلى قوله تعالى ولكم في القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا في أكثر الشروح فإن غاية البيان ولكن قدم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فأنه محظوظة لأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات إنما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك أن أحكامها مشروعة بآية الكتاب والسنة أيضاً فلا معنى لتأخيرها من هذه الجنية ثم إن الجناية في اللغة اسم لما تجنيه من شركه وهي في الأصل مصدر جنى عليه شرابخانية وهو عام في كل ما يتجسس ويسوء الأمانة في الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والأطراف والاول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وهو جرحاً هذا زبدة ما في الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطأ والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار في هذه الخمسة هو أن القتل إذا صدر عن إنسان لا يخلو إما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فإن حصل بسلاح فلا يخلو إما أن يكون به قصد القتل أم لا فإن كان فهو عمد وإن لم يكن فهو خطأ وإن لم يكن بسلاح فلا يخلو إما أن يكون مع قصد التأديب والضرب أم لا فإن كان فهو شبه العمد وإن لم يكن فلا يخلو إما أن يكون جارياً مجرى الخطأ أم لا فإن كان فهو خطأ وإن لم يكن فهو القتل بسبب وهذا الانحصار يعرف أيضاً بتفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولاً فلا يجعل القتل الخطأ مخصوصاً بما حصل بسلاح وليس كذلك إذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضاً بلا سلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانياً فلا ن قاله فإن كان هو هو يشبه تفسير الشيء بنفسه وأما ثالثاً فلا ن قوله وإن لم يكن جارياً مجرى الخطأ فهو

فمكان مقدم ما علم أو محاسن أبرز بها محاسن الحدود والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشرعية بالمصدر من جنى عليه شراً وهو عام الأمانة في الشرع خص بفعل محرم شرعاً حل بالنفوس والأطراف والاول يسمى قتلاً وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثاني يسمى قطعاً وهو جرحاً وسبب الحدود ومشرطها كون المثل حيواناً قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذي يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارت خمسة أوجه وذلك لأننا قد استقررنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الأحكام المذكورة

(قوله يعني بعد التصديق على عدمه لجواز أن يتذكر وجوبه بعد التصديق على انتفاءه) أقول فيه نظر فإن الاحتمال الذي لم ينشأ عن دليل لا بد لا اعتباره في مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الإبراء)

أقول قال الاتصافي قوله بخلاف الإبراء يتصل بقوله لك الدين والله أعلم والمراد

كتاب الجنايات

(قوله والجناية في اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدرى بالجناية لكان أنسب وجهها بجمع الطهارات

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالعمد من الخشب وليطة القصب والمروحة المحدث والنار)

القتل بسبب ليس بتمام لان ما لا يكرن جار مجرى الخطا لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخط محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما تنبيه صاحب النهاية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أنا قد استقررنا فوجدنا ما يتعلق به شيء من الاحكام المذكورة أحدها لوجه الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركا كته ظاهرا من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من نجسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم وتظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يعين بالله ويعين بالطلاق ويعين بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما قالوا انظر اذا الظاهر أن شيئا من أنواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكره من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمداً نعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمداً نعمد ضربه به ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأً ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطا الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الأنواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لان نفس هذه الاوجه الخمسة فلامعنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من نجسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الأنواع من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة للقتل لان نفس هذه الاوجه وحكم الشيء ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتيب الحكم على شيء مشروطا بشروط ألا يرى أنهم سمعوا وجوب القود من أحكام القتل العمدة مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغاً لا يجب القود على المجنون والصبي أصلاً ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمداً لا يجب عليه القصاص وكذلك لو قتل الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقاً فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا المرتد لعدم العصمة أصلاً ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعبرات فكذا كون القتل بغير حق شرط الترتيب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شيء مما ذكره من الأنواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شيء فالأظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسألة ذكرت في المحيط نقلاً عن المتقي وهي أنه اذا تعدد أن يضرب يدرج فأخطأ فأصاب دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علقتهما بينا وما باردا اذا الواقع في صورة النار هو الالتقاء فيها بالضرب بها

(قوله لا يمتثلو اما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وان لم يكن فهو الخطأ) أقول قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما دارى صيداً بجحر أو خشبة فأصاب رجلاً فقتله (قوله) فان كان فهو شبه العمد (العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر الى الآلة (قوله فان كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشيء بنفسه ظاهراً (قال المصنف فالعمد ما تعد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم الآبية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقاد إجماع الأمة

عنى ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه التودد وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الزور ودأن لم يتمدى في الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تامل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكك عما اذا استعمل الآلة القاتلة في القتل الخطا كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضرب به بسيف يظنه صيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حرييا فإذا هو مسلم وهذا من نوع الخطا في القصد وكما اذا رمى غرضا بالآلة القاتلة فأصاب ادميا وهذا من نوع الخطا في الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذي جعل دليلا على القصد قد تحقق هناك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على ما نصوا عليه فاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة في التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لاستعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فأصاب ادميا لم يكن استعمالها لضرب الا دمي بل كان لفرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد في نوع الخطا في الفعل دون نوع الخطا في القصد فان استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطا في وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمي لاستعمالها لضربه مطلقا وفي نوع الخطا في القصد لم تتحقق الحثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذا الحثية أمر مضمحل راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلا بد من دليل آخر خارجي لم يذكر في التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتنون القتل العمد ضرب به قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطه أو نار وجهه اذ يلزم اذذاك أن يكون قيد قصدا اذا تدابى لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضرب به بما يفرق الاجزاء فيكون ذلك كره بل لما كان لقيد تعمد في الكتاب أيضا في قوله فالعمد ما تعمد ضرب به وجهه بل كان ينبغي أن يقال فالعمد ما ضرب به بسلاح أو ما أجرى بحجر السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاؤه جهنم خالدا فيها الآبية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان إيجاب القتل العمد المأثم والقود يعم المسلم والذي لماسيحي فمن أن المسلم يقاد بالذي عندنا ولاشك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم في قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها لأنها تفيد المأثم في قتل الذي عمدا أيضا بدلالة التباين على ثبوت المساواة في العصمة بين المسلم والذي نظر الى التكليف أو الدار كإسباني تفصيله فان قيل بقي خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهي أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد في النار وان ارتكب كبيرة ولم يبق فانظروا أن المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيه فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لان المدعى ظهور كون المراد بمن يقتل في الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر في التفسير فلا ينافي التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية وفي التفسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الحثية وتحقق الاثم في قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بعمر فات ألمان دماءكم ونفوسكم حترمة عليكم كحرمة يرمي هذا في شئرى هذا في مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقاني قال قاضيان في فتاواه وفي ظاهرا رواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط الكبير لابي جعفر الطحاوى انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجي من المصنف في الباب الذي يليه أن الاصح رواية الطحاوى (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآبية) أقول لا يقال ذلك في المستحل كما ذكر في الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجب المأثم

وقوله (واقود) يعني القصاص معطوف على قوله المأثم أي موجب القتل العمد الاثم في الآخرة والقصاص في الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقييد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أي موجب وجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها أي بالعمدية تتكامل وقوله (لا شرع لها دون ذلك) أي لا شرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرر رجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقرر بها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعني القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفعه لالهلاك) يعني لان القاتل في الامتناع من أداء الدية بعد ما استحققت نفسه قصاصا بسنة وبقى نفسه في التهلكة فيجبر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر في الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيها وضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه اثلا لمزم الزيادة على النص بالرأي ووجه التمسك بالسنة أن الاف (٣٤٧) واللام في قوله العمد قود للجنس اذ لا

معهود ينصرف اليه ففيه
تخصيص على أن حكم
جنس العمد ذلك فن عدل
عنه الى غيره زاد على النص
أثر ابن عباس رضي الله
عنهما في قوله العمد قود
لامال فيه الى ذلك

قال (واقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجب وجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال (الآن يعفو الاولياء أو يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس الولي أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولي الشافعي الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعه لالهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العمد شرع جارا وفي كل واحد نوع جبر فيختار ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة

واللام لمزم من استحلاله الخلود في النار (قوله واقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الآية تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجب وجبه) يعني أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أي بما يوجب القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الآية تقييد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذي نقلته الامه بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أي موجب وجبه قود كذا في الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفي ما عداه لاننا نقول لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤله ظاهر الورود ينبغي أن يحظر ببال كل ذي فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حام حول ذكره وأما جوابه فنظور فيه عندي لجواز أن يكون سئل النبي عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامه وجعل قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال في تقريره الاول وتقرر رجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف واقود)
أقول بفتح الواو أي القصاص
ويسمى قود لانهم يقولون
الجاني مجمل أو غيره قاله
الزهري (قوله لكنه تقييد
بوصف العمدية بقوله عليه
الصلاة والسلام الخ)
أقول فيه بحث فان الاطلاق
والتقييد اذا دخلا على
السبب نحو أودا وصدقة
الفطر عن كل حر وعبد
وأودا عن كل حر وعبد من
المؤمنين لم يحمل المطلق
على التقييد عندنا بل يجب

العمل بكل منهما اذ لا تنافي في الاسباب على ما فصل في كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور في الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاول أن يقال غير العمد من القتل قاصر في كونه قتلا فلا يتناول المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية في مسألة قتل المكاتب الذي لم يترك وفاء في الباب الذي يلي هذا ولا يرد نقضا عليه لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجي في باب ما يوجب القصاص في مسألة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى) أقول قال القاضي في تفسيره احتج الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

وجه المعقول أن المال لا يصلح موجباً في القتل لعدم المماثلة لأن الأدعى مالاً مبتدلاً والمال لم يهلك مبتدلاً فاني يتأملان بخلاف
القصاص فإنه يصلح موجباً للمماثل وفيه زيادة حكمة وهي مصلحة الأحياء زجر الغير عن وقوعه فيه وجبر الورثة فيتين فإن قيل
فكيف صلح موجباً في الخطأ والثابت فيه مثل الفاتئ في العمد أجاب بقوله وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار
فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم ولم يجب المال والأدعى مكترم لا يجب إهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس
والعمد ليس في معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال) جواب عن قوله لأنه تعين مدفعا للهلاك وذلك
لجواز أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح
المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيلاً فأعـله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا
أخذوا الآية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشق صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل الواحد والقياس
لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي (٣٤٨) وذلك بمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض

الكتاب والسنة المشهورة
على ما ذكرنا وأن القصاص
لمعنى النظر للولي على وجه
خاص وهو الانتقام وتشق
الصدور فإنه شرع زجراً
عما كان عليه أهل الجاهلية
من أذاق قبيلة الواحد لا أنهم
كلوا يأخذون أموالاً كثيرة
عند قتل واحد منهم بل
القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه

ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة والقصاص يصلح للمماثل وفيه مصلحة الأحياء زجر الأحياء عن ارتكاب
وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الإهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا
يتعين مدفعا للهلاك
وقال في تقرير الأخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية
موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية إذ لو كانت باقية على إطلاقها لتناولت العمد
وشبهه والخطأ فليز أن يكون القصاص الذي هو عقوبة كاملة مشروعة دون العمدية أيضاً بمقتضى
إطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو الذي ذهبنا على تقدير أن يكون قوله والعقوبة
المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب وأيضاً يلزم حينئذ أن لا يفيد
المدعى ما جعله حجة أولى لان نتيجته أعلى مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل
ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر في غير العمد أصلاً فيجوز أن يجب القصاص في غير العمد أيضاً
زجر عنه فلا يتم المطلوب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تنمة ما قبله
والجموع حجة واحدة وإن افظ ذلك في قوله لا شرع لها دون ذلك إشارة إلى تكامل الجناية كما ذهب
إليه كثير من الشراح أو إلى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقترب إلى العمدية كما زعمه صاحب
الغناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذي هو عقوبة متناهية لا يجب في غير العمد كما لا يخفى على
ذي مسكة ثم أقول بقي في كلام المصنف ههنا شيء وهو أنه قد تقررت في كتب الأصول أن مرجع الأدلة
العقلية المذكورة في علم الفقه بأسرها إلى القياس وبهذا صححوا النحصر الأدلة الشرعية في أربعة
وهي الكتاب والسنة وإجماع الأمة والقياس فتقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الخ
راجع إلى القياس وتقيس الكتاب بالقياس نسخ لإطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما
عرف في علم الأصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك)

(قوله جواب عن قوله لأنه
تعين مدفعا للهلاك) أقول
فيه أنه مدفوع للهلاك
الشرعي بلا شبهة وذلك يكفي
لغرض الشافعي لان المراد
هو كونه مدفوعاً شرعياً
للهلاك الشرعي والقتل
المستحق فإن القاتل يكون
محققاً الدم بعده إذا قتله
أخذ الولي أو غيره بمقتضى
قيلته (قوله وذلك لجواز

أن يأخذ الولي المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع إلى الولي (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما إذا أخذ المال صلحا ولا
وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمدية بالنص كما تقدم في كتاب الصلح مع أن ما ذكره كلام على السند بما لا يفيد شيئاً (قوله وأجيب بأن
في الصلح المرضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والأولى أن يكتب في
الجواب بقوله إن في الصلح المرضاة إذا لا مانع من الأخذ فيه بعدما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر
واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند إعطاء القاتل الدية
وتخييره لا ينافي في رضا الآخر في غير الواجب وهذا كما قال للدائن خذ دينك إن شئت دراهم وإن شئت دنائير وإن شئت عروضا ومعلوم
أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدينين كذا في شرح الزيلعي وأعمال يلتفت الشارح لهذا الجواب لأنه يرد عليه لزوم عدم تعين
القصاص لموجبة العمد حيث خبر الولي بين القاتل وأخذ الدية غاية أنه أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم إقادته الشافعي لا يفيد لنا
فان مطلوبنا تعين القصاص لموجبه تأمل (قوله فإنه شرع زجر أعما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشاعبي وهو واضح فان قيل يجب أن القياس لا يسخ فليحق دلالة لانهم مائة لان في المناط وهو
الستر ولا يعتبر اصفه المدة كالحرم اذا قتل الصيد فانه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد لا يستبره العدم
صلاحيته لعلها كالمز فان قيل قد دل (٣٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى

ولان الكفارة من المقادير وتعين في الشرع اذ دفع الادنى لا يستعمل دفع الاعلى ومن حكمه حرمان المبررات
لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعد الضرب بعباسين بسلاح
ولما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعي اذا ضرب به بجحر عظيم أو بنخشب
عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعد ضرب به بما لا يقتل به غالباً لأنه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة
لا يقتل بها غالباً لما أمه يقصد بهما غيره كالنأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث
لأنه لا يقصد به الا التمثل كالسيف فكان عمداً موجباً للقتل

كبيرة محضة لأصل المدعى وهو أنه لا كفارة في القتل العمد فإذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة
يلزم أن يشكك الدليل المزبور به سواء كان جنابة الفعل أو جنابة المحل وكون الجنابة على المحل
يستوى في شبه العمد والخطأ أعني بقيد لو وأورد السؤال على أصل المدعى فإنه يمكن الجواب عنه حينئذ
بأن ما قلناه في جنابة الفعل دون جنابة المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ما بنا
فلأنه قد تقرر في كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلاً ولو كان
قتل صيد الحرم جنابة على المحل لاجنابة الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل
من كل الوجوه لاجزاء المحل أصلاً (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعين في الشرع اذ دفع الادنى لا يدل
على تعيين الدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطأ
يعني أن تعين الكفارة في الشرع اذ دفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعيينها دفع الذنب الاعلى وهو
العمد فان كم من شيء يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للعجز عنه كذا في النهاية وغيرها
قال صاحب العناية فان قال الشافعي قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة
ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا
عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضواً منه من النار وإيجاب النار إنما يكون بالقتل العمد قلنا
لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبيرين سلمناه لكنه لا يعارض إشارة
قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالد فيها فان الفاء تقتضي أن يكون المذكور كل الجزاء
فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلاف انتهى أقول للخصم أن يقول هذا مشترك الزام
اذا القصاص واجب في القتل العمد بالاجماع فلما اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعد هلك الجزاء لزم
أن يكون القصاص أيضاً مذكوراً في الجزاء مع أنه لم يذكرفيه وان جعل الجزاء المذكور في الآية
على الجزاء الاخرى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوي فلهذا
لم يذكربعد الفاء فليكن الامر كذلك في شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين
أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهي قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فان
دلت إشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالد فيها على أن القصاص ليس من جزاء
القتل العمد كالكفارة فمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب
عليكم القصاص في القتلى على وجوب القصاص في القتل العمد وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة
النص ترجح على إشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى

الله عليه وسلم بصاحب لنا
قد استوجب النار بالقتل
فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق
الله بكل عضو منها عضواً
منه من النار وإيجاب النار
إنما يكون بالقتل العمد قلنا
لا نسلم لجواز أن يكون
استوجبها بشبه العمد
كالقتل بالحجر أو العصا
الكبيرين سلمناه لكنه
لا يعارض إشارة قوله تعالى
ومن يقتل مؤمناً متعمداً
فجزاؤه جهنم خالد فيها فان
الفاء تقتضي أن يكون
المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا
الكفارة لكان المذكور
بعضه وهو خلاف قال
(وشبه العمد عند أبي حنيفة
الخ) اختلفوا في تفسير هذا
النوع من القتل فقال أبو
حنيفة رحمه الله شبه العمد
هو أن يتعد الضرب بما
ليس بسلاح ولا أجرى مجراه
سواء كان الهلاك به غالباً
كالجحر والعصا الكبيرين
ومدقة القصاص أو لم يكن
كالعصا الصغيرة وقال اهوان
يتعد الضرب بما لا يحصل
الهلاك به غالباً كالعصا الصغيرة
اذا لم يوال في الضربات فأما
اذا والى فيها فليل شبه عمد
عندهما وقيل عدم محض قالوا

سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمدية والالكان عمد او اقصره انما يتصور في استعمال آلة لا يقتل
بها غالباً كالعصا الصغيرة فإنه يقصد باستعمالها غير القتل كالنأديب ونحوه لا في استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل
(قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمناً متعمداً الخ) أقول ذكر في الكتب الكلامية أن المراد هو المستعمل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد
في النار ولأن أن تقول أريد بالخلود المكث الطويل والله تعالى أعلم بمراده

ولابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم ألان قتل خطأ العمد قتل السوط (٣٥١) والعصا وفيه مائة من الابل ورواه النعمان

وله قوله عليه السلام ألان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الالة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة)

وثانيهما ان القصاص جزاء الحمل من وجهه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما نقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا جزاءه جهنم خالد اقيم احو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا فاعل عن الميسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شئ من ذلك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل يستقيم أما الاول فمنها فلان كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المنصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك أن القتل به هذا الطريق مستلزم للردة في الآية اذ ذلك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المنصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزأه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى وأما الثاني منهم ما فلا أنه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أئمتنا جملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره الصلابة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي علية المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والمحجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب الميسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا ما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في مقيس بن حبابه وجدا أخاه هشاما قتيلا في بني النخار ولم يظهر قتاله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه دية فدفعوا ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي (قوله) وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا والحقاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا وأما ما كان يرد عليه أن يقال ان تعيين الدفع الذنب الادنى في الشرع لا يعين الدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد في النحر بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا

ابن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصمه به بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساوي في كونها ما غير موضوع بين القتل ولا مستعملة بين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبلا استعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساوى والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله (وموجب ذلك) أي موجب شبه العمد على القولين يعني قول أبي حنيفة وقولهما (الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب) على ما مر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث) أقول قال ابن العز الحديث حجة عليه لانه فان العصا يطلق الاعلى مالا يقتل غالبا ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعا واسطوانة ونحوهما وعلمنا فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى وجوابه أن العصا الكبيرة اذا ضرب بها عمد عندهما

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعيين الدفع الأدنى لا يعين الدفع الاعلى كما سبق آنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة) احتريز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد له عداوة عن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عداوة في هذه الصورة تحب الدية على القاتل في ماله وقوله (القضية عمر رضي الله عنه) يعني (٣٥٣) ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين والمرى عنه كالمروى عن رسول الله صلى

الله عليه وسلم لأنه لما لا يعرف بالرأى وقوله (فالحجة عليه ما أسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم إلا أن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله في مثله أن يقول ما رويناه والحق أن يقال إنما قال أسلفنا نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) إنما انحصر الخطأ في نوعين لأن الرمي إلى شيء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجراحة وهو الرمي فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثاني فهو الثاني وقوله (لما بيناه) إشارة إلى قوله وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضي الله عنه وتجب معاقبة وسنتين صفه التغليظ من بعد إن شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لأنه جزء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وإن أنكر معرفة شبه العمد بالحجة عليه ما أسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه ضيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حرا فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب ادمية أو موجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فحري رقيقة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهي على عاقلة في ثلاث سنين لما بيناه

إلى الآية قد دخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فحري رقيقة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطأ أن يكون الأصل في وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم في شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطأ وليس ذلك بواضح إذ المصنف قال في أوائل كتاب المعاقلة والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه للأولياء قوموا فذروه انتهى وقد كانت الجنابة في حديث جل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ما ذكره الشراح فاطمة في فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن جل بن مالك قال كنت بين ضربتين فضربت احدهما الأخرى بعور فسطاط أو بسطح خيمة فألقت حنينا متافا ختم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا وليا الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لأصاح ولا استهل ولا شرب ولا كل ودم مثله بطل فقال عليه السلام أسمع كسميع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فذروه وهكذا ذكر في المسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ما ذكرنا في تفصيل ذلك في الحديث إنما كان بمنزلة شبه العمد دون الخطأ فكان وجوب الدية على العاقلة في شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الأصل في هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وإن أنكر معرفة شبه العمد بالحجة عليه ما أسلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام إلا أن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف في مثله أن يقول ما رويناه وقال والحق أن يقال إنما قال أسلفناه نظرا إلى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ما قرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة في كونها غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد فانه قال لا أدري ما شبه العمد وإنما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما في سائر الأفعال فكذا في هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه ضيدا فإذا هو آدمي أو يظنه حرا فإذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب ادمية) أقول في عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال في تفسير الخطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه ضيدا الخ وقال في تفسير الخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب ادمية لا يخفى أن كل واحد من نوعي الخطأ غير منحصر بما ذكره في تفسيره بل الذي ذكره في تفسير كل واحد منهما محزني من جرثومة فكان أخص منه جدا في يصلح لأن يكون تفسيره فكأن الظاهر أن يقال في كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى إشارة إلى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطأ قصدا

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ) أقول الأصل في وجوب الدية على العاقلة حديث جل بن مالك على ما سيأتي في المعاقلة والقتل فيه كان شبه عمد وفي معراج الدراية روى الطحاوي عن مغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربتا احدهما الأخرى بعور فسطاط فقضى عليه الصلاة والسلام عليهما

بالدية على عصبة القاتلة متفق عليه وهو حديث جل بن مالك في الفقرة كما يجب وانتهى فكيف يقاس بالخطأ (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر في ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف في آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلخيص

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملة الممدود وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج إلى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد الخ) هذه ضابطة كنية لمعرفة من يجب له القصاص وحقق الدم منه أن ينفك وقوله (على التأييد) احتراز عن المستأمن فإن في دمه شبهة الإباحة بالعدو إلى دار الحرب المزالة للساواة المنفية عن القصاص ولا يدين صفة العمدية لما يبين من قوله صلى الله عليه وسلم الممدود ومن أن الجناية بهم اتسكامل وفيه بحث من أوجه الأول أن العفو مندوب إليه وذلك ينافي وصف القصاص بالترتيب الثاني أن حقن الدم على التأييد غير متصور لأن أنهي ما يتصور منه أن يكون للمسلم في دار الإسلام وهو يزول بالارتداد والعدو لا ينفك تعالى الثالث أنها مقتصرة بمسلم قتل ابنه المسلم فأنهم موجود في ولائهم القصاص الرابع أن قيد التأييد لثبوت المساواة وإذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني (٢٥٤) أن المراد بالحقن على التأييد ما هو بحسب الأصل والارتداد عارض

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأييد إذا قتل عمدا) أما العمدية فلما يبينها وأما حقن الدم على التأييد فلتنفي شبهة الإباحة وتحقيق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المفاصلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبني القصاص على المساواة وهي منفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأن ما يستويان وبخلاف العبد حيث

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما يبينها) من قوله عليه السلام الممدود ومن أن الجناية بهم اتسكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا اه أقول فيه نظر لأن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الممدود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال إنه تقييد بوصف العمدية لقوله عليه السلام الممدود أي موجه ولا أن الجناية بها

لا معتبر به ورجوع المسر بى إلى داره أصل لا عارض وعن الثالث بأن القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الآية وعن الرابع بأن التفاوت إلى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم الممدود كقول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

تسكامل

(باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه)

(قوله لما يبينها من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الأول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه بالضرورة ولا ضرورة إذ يجوز أن يقال إنه واجب على الأئمة لا يحل لهم أن يتركوا إذا أرادوا الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل إذا لم يسلم نفسه عنده مطالبة الولي بالقصاص يأثم وقد فسره مذهب الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الأصل) أقول الأصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الآية) أقول الظاهر أن يقال لحمة الآية ومما إذا شارح الشبهة الناشئة من الآية في دفع القصاص وهي شبهة الإباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان) يعني القصاص بينهما فان قال جازان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تنفع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره اجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانع الاذلول صلح لما جرى بين العبد بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدلل به من المقابلة في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله (لا تنفي بالانثى) فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى احدهما فضلاء على الاخرى (٣٥٥) اقتتلتا فقاتل مدعية الفضل لارتضى الا يقتل

الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم ولم يذكروا الجواب عن الاطراف وقد اوجب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالسلاية ولا مساواة بينهما ما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمد ما في العصمة وقد تساوى فيها على ما مر قال (والمسلم والذي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدلل الاولون بما روى أبو حنيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال (والمسلم بالذمي) خلافا لاشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه تكامل الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما الممدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز أن تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تنفع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره اجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانع الاذلول صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك اه أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعة شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالجواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والماجرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكور فلا ينفي ما عداه) هذا جواب عما استدلل به الخصم من مقابلة الحر بالحر والعبد بالعبد في الآية وجهه ان ذلك تخصيص بالذكور وهو لا ينفي ما عداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكور ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ما روى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احدهما تدعى الفضل على الاخرى فقاتل لارتضى الا يقتل الذكور منهم بالانثى مناهوا الحر منهم بالعبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية رداعليهم كذا في الشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكور ان لم يدل على نفي ما عداه الآن تعريف المسند اليه بلام الجنس في القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قرئش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الأئمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينه لا واحدا من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التسليم ان الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز جعلها على الجنس اذا لم يكن هنالك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ما ذكر في سبب نزولها فتحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا أن يعطى فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكالك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجنابة ولا مساواة بينهما في وقت الجنابة لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان المكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الكفر فيورث

(قوله وقد اوجب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان) أقول يعني لا يكفي فيها المساواة في العصمة بل لابد من المساواة في الجزء المبان في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

فلما فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بعماري) جواب عما استدلوأ به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جعفر عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما ذاروا ولكن موضوعا لا بغيره وهو قوله ولا ذوعه في عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولا ذوعه في عهده) ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للتغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعه مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقتدر ولا ذوعه في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعه هو الحربي بالاجماع فيقتدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقتدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والأعم لادلاله على الاختصاص بوجه من الوجود فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خالف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربي حتى يحرقه وقتله واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم (٣٥٧) دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو

حرام لكن لا يقتص منه والثاني أن يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كأنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لا طائل تحت تطويلها فلنقتصر على ما ذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعني المسلم (بالمستأمن) لأنه غير محقق الدم على التأييد) كما تقدم في أول الباب (ولأن كفرة باعث على الحرب لأنه على قصد الرجوع) إلى داره فكان كالحربي

الشبهة والمراد بعماري لسياقه ولا ذوعه في عهده والعطف للتغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لأنه غير محقق الدم على التأييد وكذلك كفرة باعث على الحرب لأنه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بعماري الحربي لسياقه ولا ذوعه في عهده والعطف للتغايرة) يعني أن المراد بالكافر في قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل سياقه وهو قوله ولا ذوعه في عهده فإنه عطف على مؤمن فاعني ولا يقتل ذوعه بكافر ولا شك أن ذالعه هو الذي انما لا يقتل بالحربي دون الذي فإن جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز أن يكون المراد بذى العهد في الحديث هو المسلم دون الذي قلنا لأن العطف يقتضي التغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار إليه المصنف بقوله والعطف للتغايرة فان قيل ولم لا يجوز أن يكون قوله ولا ذوعه في عهده ابتداء كلام أي لا يقتل ذوعه في مدة عهده قلنا لأن الواو لعطف حقيقة خصوصاً فيما لا يكون مستقلاً بنفسه والمراد بالأول نفي القتل قصاصاً لا نفي مطلق القتل فكذلك في الثاني تحقيقاً يقتضي العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما في الكافي وأكثراً شرح في هذا المقام أخذنا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله والمـراد بعماري جواب عما استدلوأ به من حديث علي رضي الله عنه وتقريره ما ذكره الطحاوي في شرح الآثار أن الذي حكاه أبو جعفر عن علي لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موضوعا لا بغيره وهو قوله ولا ذوعه في عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولا ذوعه في عهده ووجه ذلك أنه عطف هذا على الأول والعطف للتغايرة فيكون كلاما تاما في نفسه وليس كذلك لادائه إلى أن لا يقتل ذوعه مدة عهده وإن قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقتدر ولا ذوعه في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذي لا يقتل به ذوعه هو الحربي بالاجماع فيقتدر بكافر حربي وإذا لم يكن تقدير حربي يقتدر في المعطوف عليه كذلك والالكان ذلك أعم والأعم لادلاله على الاختصاص بوجه من الوجود فما فرضناه دليلا لا يكون

(قوله فلما فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا إلى مثله وغير معصوم بالنسبة إلى المسلم الآن يقال

(٣٣ - تكمله ثامن) العسمة لا تجزى (قوله والعطف للتغايرة) أقول قال الاتقاني ولما في هذا الكلام نظر لأن نقول نعم العطف للتغايرة ولكن لم يعطف قوله ولا ذوعه في عهده على كافر لأنه لو عطف عليه لقل بالحرب هو عطف على مؤمن ولكن نقول أن الذي يقتل بالذي بالاتفاق فسلم أن المراد بالكافر الحربي لا الذي اه فيه بحث وفي الكفاية فإن قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضي التغايرة اه وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقاني فليست أمله (قوله فيقتدر ولا ذوعه في عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل إليه من ربه والمؤمنون) أقول له أن يقول هذا من قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذلك انتهى في هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والالكان ذلك أعم) أقول أي الكافر الذي في المعطوف عليه أعم من الحربي (قوله فما فرضناه دليلا) أقول أي على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خالف باطل) أقول المتقدر في الثاني لفظ كافر كما في الأول فيصالح الأول قرينة على تقدير الثاني وتقيد به بالحربي بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياساً للمساواة ولا يقتل استحساناً
لقيام المبيع (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف
وبالجفون) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصة امتناع القصاص وظهور التفاضل

دليلاً عند اخاف الى هذا لفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه انه قول ان الاعم انما لا يدل على الاخص
بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أى لا يدل الاعم على أن يكون المراد منه هو الاخص
وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة تعام على اخص باحدى الدلالات الثلاث وأما
من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعاً بواسطة دلالة على معناه العام الشامل لذلك
الاخص ولغيره أيضاً ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك أنه يدل على كون الانسان
متحركاً بالارادة كسائر الحيوانات لا ندرج فيه تحت الحيوان وكذلك حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها
من الجزئيات وهذا أمر لا ستره به فقيمنا نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافراً أعم من الحربي
والدعي ادل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون
ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله على مدعاه كإزعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون ما فرضناه
دليلاً للشافعي دليله لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذ لا يتبع تعيين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك
الحديث دليلاً على مدعاه بل جعله دليلاً عليه انما يصح به دقتين معناه فامعنى الاستدلال على عدم عموم
الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله على تقدير عموم كاشومقتضى
تقرير الشارح المزبور والثالث ان ما عده محدثاً وراو هو ان لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله لازم
أيضاً على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحربي مبين للدعي للامحالة وعدم
دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لم من أن يكون كافراً في
الحديث أعم أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله فلا يلزم من أن يقيده كافر في الحديث بحربي
أن لا يكون ما فرضناه دليلاً للشافعي دليله أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجمله فخرج
الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سائر الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب
الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظراً لاننا نقول نعم العطف
لغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولا ذوعهد على كافراً لانه لو عطف عليه لقبل بالحرب بل هو عطف
على مؤمن ولكن نقول ان الذي يقتل بالذي بال اتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اه أقول نظره
في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للغايرة ليس لبيان مغايرة ذوعهد في الحديث لكافر حتى
يتجه ما نوههم من أن قوله عليه السلام ولا ذوعهد لم يعطف على كافراً بل لبيان مغايرته مؤمن دفعاً
لاحتمال أن يكون المراد بذوعهد في الحديث هو المؤمن أيضاً اذ على هذا الاحتمال لا يظهر كون
المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذى أيضاً عند الشافعي فلا يلزم التقييد بحربي وأما اذا كان
ذوعهد مغاير المؤمن فكان المراد به هو الذي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم أن لا يقتل
الذي بالذي أيضاً مع ان خلافه مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للغايرة
ما ذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه جداً انظر بصاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف
لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذي بالمستأمن) قال جماعة من الشراح وهو
قوله ولا ذوعهد في عهده وحمله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأييد ولم يقبل رأى
هو لاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأييد وقبل هو
اشارة الى قوله عليه السلام ولا ذوعهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما رويانا ولا نقدرنا

(ولا يقتل الذي بالمستأمن) لما بينا أنه ليس محقون
الدم على التأييد وقبل هو
اشارة الى قوله صلى الله
عليه وسلم ولا ذوعهد في
عهده وليس بواضح لان
المعهود منه في مثله لما
رويانا ولا نقدرنا ذلك
بكافر حربي الا اذا أريد
هناك بالحربي أعم من أن
يكون مستأناً أو محارباً
وهو الحق ويغنيان عن
السؤال عن كيفية قتل
المسلم الحربي والجواب
عنه وعبر بقوله لما بينا
لان التقدير المذكور ليس
بحروري وانما هو تأويل فلم
يقبل لما رويانا وقوله
(العمومات) يعنى الآيات
الدالة بعمومها على وجوب
القصاص وقد ذكرنا هذا
وقوله (ولان في اعتبار
التفاوت الخ) يصلح لجميع
ما خالفنا فيه الشافعي
وجه الله

(قوله لان التقدير المذكور
ليس بحروري) أقول يعنى
غير مذكور على قصد
الرواية بل لتتميم الدليل

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف مغلظ ظهر أثره في جنس الحكم المعال به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو وجدته زانيا وهو محصن فيجوز ان يهدى به الحكم من الوالد الى الجسد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم اسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم - ثم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث (٣٥٩) يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو

قال فمن المحال ان يتسبب لفنائهم لاستغنى عن هذا السؤال والجواب وقال مالك رحمه الله ان ذبحه يقاد به لا تنفاه شبهة الخطا من كل وجه بخلاف ما اذا رماه بسيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمه الله (وهو باطلاقة حجة على مالك رحمه الله) وطوبى بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنه وهو محصن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنة لان حق المالك بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لا يسلك صار شبهة في الدر

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقه الخلافة عند أبي حنيفة دون الوراثة كما سيجي في باب الشهادة

والثاني قال (ولا يقتل الرجل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطل لاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناءه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجدته في صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ذلك بكافر حر بي الا اذا أريد هناك بالحر بي أعم من أن يكون مستأمنأ ومحارب وهو الحق ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحر بي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذکور ليس بمرور وانما هو تأويل فلم يقل لما بينا الى هنا كلامه أقول في قوله ويغنيان عن السؤال عن كيفية قتل المسلم بالحر بي والجواب عنه نظرا لانه اذا أريد هناك بالحر بي ما هو أعم من المستأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفية قتل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فإما معنى نفيه في الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحر بي هناك هو المستأمن فقط كما هو الاحسن وجزم به صاحب البدائع حيث قال وأما الحديث فالمراد من الكافر المستأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذنوعه في عهد عطف قوله ولا ذنوعه في عهدده على المسلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذنوعه به ونحن به نقول اه (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص بعبد ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب اه أقول الحق ما ذكره الامام البزدوى لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب في حكم القصاص صار مخصص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبد ولا بعبد ولده فصارت ظنيا جاز تخصيص قتل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص في القتلى بالسنة ولو كانت من أخبار الاحاد ولكه غير تام اذ قد تقرر في الاصول ان العام الذي خص منه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مستقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخدرا جابذليل مفصول عنه فيكون عمومه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا في الباقي ولا شك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو عبده ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافي قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لأقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عرفت في أصول الفقه فلا بد من المصير هنا الى ما ذكره الامام البزدوى (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) قال الشراح هذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائهم لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اه أقول فيه بحث اذا لري جهة سببية المقتول لفناء القتلى سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائهم فأما ان أراد بتسببه لفنائهم استحقاقه القصاص فيرد عليه السؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد بها شيئا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

في القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتمالا في درة القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجمالى كتبه تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائهم) أقول وأنت خير بأن عبارة المصنف تؤدي هذا المعنى اذ معناها فمن المحال ان يستحق لاجله افناءه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الابوة تمنعه عن ذلك) أقول أي تمنعه عن التعمد

وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنه سبب لاجبائه وقوله (ولولاه) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بل
 تأكد من قبل أن رفع الفعل يستلزم ولا يستلزم وجب ولولاه على أبيه إذا قتل الأب عبد ولده وقوله (ومن ورت قصاصا على أبيه) مثل أن
 يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفي القصاص إلا بالسيف) يعني إذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفي إلا بالسيف وقال
 الشافعي رحمه الله ينظر إن كان قتل بفعل مشروع مثل أن قطع يدرجل فمات منه فعل به مثل ذلك وعمل مثل تلك المدة فإن مات والا
 تخرز رقبته وإن كان غير مشروع كان سقاء الخمر حتى قتل أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لأن مبنى القصاص المساواة وذلك فيما
 ذكرنا لأن فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء
 القود بغيره ويطلق بما كان سلاحا) فإن قيل يحتدل أن يكون المراد لا قود يجب إلا بالسيف أجيب بأن القود اسم لفعل هو عزاء
 الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل إليه وهذا مختار صاحب الأسرار وخبر الإسلام رحمه الله قدرة
 لا قود يجب إلا بالسيف واستدل به لابي حنيفة (٢٦٠)

والجدة من قبل الرجال أو النساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت
 أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد عدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبد ولا مدبر ولا مكانه
 ولا بعبد ولده) لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعصمه
 لأن القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورت قصاصا على أبيه سقط) حرمة الأبوة قال (ولا يستوفي
 القصاص إلا بالسيف) وقال الشافعي بفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات ولا تخرز
 رقبته لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن
 فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لم يحصل المقصود بثل ما فعل فيخرز فيجب التخرز عنه كما في كسر العظم
 قال (وإذا قتل المكناب عمدا وليس له وارث إلا المولى وتركه وفاء له القصاص عند أبي حنيفة وأبي
 يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا) لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولد إن مات حرا أو ملكا إن مات
 عبدا وأصايركن قال لغيرة بن في هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها من لا يحل له وطؤها لا اختلاف
 السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى يثبت على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف
 السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك الميتين
 يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم) وقوله والجدة من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة
 والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا) أقول من العجائب هنا أن الامام الزاهدي قال في
 شرح مختصر القدرى قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الأم ولم يطلقها وذكر في الإيجاد من قبل
 الرجال والنساء والأم ولم يذكر الجدة من قبل الأب أصلا فوقع لي شبهة في الجدة من قبل الأب وقد زالت
 بحمد الله تعالى عما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وإن علا ولا فاما ملك فيما إذا
 ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الأب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه
 حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح) قال
 صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود إلا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء

في التقرير وقوله (ولأن
 فيما ذهب إليه) دليل
 معقول يتضمن الجواب
 عن قوله لأن مبنى القصاص
 على المساواة ووجهه
 لأن سلم وجود المساواة فيما
 ذهب إليه لأن فيه الزيادة
 لو لم يحصل المقصود بثل ما
 فعل لأن فيه الخرب بعد
 ففعل مثل ما فعل به وأنه
 غير جائز لادائه إلى انتفاء
 القصاص فيجب التخرز
 عنه كما في كسر العظم فإن
 من كسر عظم إنسان
 سوى السن عمدا فإنه
 لا يقتص منه وإذا جاز
 ترك القصاص كله عند
 توهيم الزيادة فلا يجوز
 ترك البعض أولى قال
 (وإذا قتل المكناب عمدا
 وليس له وارث إلا المولى

الخ) إذا قتل المكناب عمدا فلا يحل لو إمام أن تركه وفاء أولم يتركه فإن كان الأول فلا يحل لو إمام أن يكون له وارث القود
 غير المولى أولا فإن كان الثاني فلا مولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا أرى في هذا قصاصا
 واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه عام حول الدرر بالشبهات ولهما أن حق الاستيفاء للمولى يثبت على التقديرين الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل
 (قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول يأتي عن الإلحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع أباء (قوله فإن قيل يحتدل أن يكون المراد
 لا قود يجب إلا بالسيف) أقول لا يمكن أن يورد هذا من طرف الشافعي لأن القتل بالمثل بوجوب القود عنده (قوله أجيب بأن القود
 اسم لفعل هو عزاء الفعل كالفصاح دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل إليه) أقول كان مراده أن خبر لا إذا كان من
 الأفعال الخاصة فيجب ذكره وقوله يجب ليس خبرا إلا بل هو معتبر في مفهوم القود فإنه يصدق أن يجب إذا كان وحده في مقابلة القتل
 بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فإن المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كما في المعنى الآخر فمدبر ثم أعلم أن
 ضمير عليه في قوله والحمل عليه راجع إلى ما في قوله دون ما يجب شرعا

بمخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله ورثته ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي لزوما لمقتول حق المرتين في الزين فيشترط اجتماعهما اليه البسطة حق المرتين برضا قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل)

العناية ولم يتركها اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له اوله ورثته ارقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب اه اقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضي لزوما لمقتول حق المرتين في الزين فيشترط اجتماعهما اليه البسطة حق المرتين برضا قال (واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل)

المسائل المذكورة في أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لان يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الاخر على ان تخصيص من له ورثة احرار بالذكر يشعر بكون الحكم في غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا في الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شيء يفيد كون الحكم في المتروك حكم المذكور فالوجه في الاعتذار عن ترك ذلك ان يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده في قوله لم يترك فاما اذا كان له ورثة احرار فلا يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا او كان له ورثة ارقاء أولى كالايجز (قوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز) قال في غاية البيان قال القدوري في شرحه لمخمس الكرخي وايس هذا كالعبد المعتقد بعضه اذا مات عاجزا لا يترك في المتق عن أبي حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينسخ به الكتابة فكأنهم لم تكن وموت المعتقد لم ينسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه اقول فيه نظر قد مر من قبل أن أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله هو أن اختلافا سبب الذي لا يقضي الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عبدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبي حنيفة في مسألة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين ادلا لإفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فنأين لا يثبت له الاستحقاق عندهم عجز واختلاف السبب ثم اقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرثه اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة في حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار الخ حيث يبيح تميم ما أجله المصنف في تعليله بقوله لان العتق في البعض لا ينسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص في البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه في البعض المعتقد بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالي باختلافهما الا فضاء الى المنازعة تأمل توقف (قوله واذا قتل ولي المعتوه فلا يبيح ان يقتل) يعني اذا قتل قريب المعتوه فلا يبيح المعتوه ان يقتل أي له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية في شرح هذه المسئلة واذا قتل ولي المعتوه يعني ابنه فلا يبيح وهو جدد المقتول الاستيفاء اقول هذا تقصير في بيان المسئلة فان من كان القصاص له حق المعتوه دون أبيه غير مخمس في ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كاخيه وأخته لام من غير أبيه وكأما المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحمل التعميم فان ولي المعتوه يعني قريبه يعم الكل فسامعني تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب في تفسير ولي المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولي المعتوه أي قريبه وهو ابنه يعني اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلا يبيح

وقوله (بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعني لا يجب القصاص لان مقتول لا يبعد بونه ولا ينسخ بالعجز وما يقتضيه رقا (واذا قتل ولي المعتوه) يعني ابنه (فلا يبيح) وهو جدد المقتول الاستيفاء

ويجب قيمته على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بتفسير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع سلاء كان للظورع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل سبه بكماله فكذلك ايجاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب التهمة أنفع له لانه يحكم بحجر سبه وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان في القاتل ماله حتى لا يختالف مذهبا على ما سبق

(لأنه من) باب (الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها) أي إلى النفس (وهو تشق الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالأخ فإنه يملك الانكاح دون القصاص لأنه شرع لتشق وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشق كالحاصل للابن بخلاف الأخ (وله) أي لولي المعتوه (ان يصلح) لكن على قدر الدية فإن نقص يجب كمال الدية لأنه أنظر في حق المعتوه وقوله (لماذا كرنا) إشارة إلى (٣٦٣) قوله لأنه من الولاية على النفس وقوله

(لأنه ليس له ولاية على نفسه)

أي نفس المعتوه (وهذا)

أي الاستيفاء (من قبيله

ويندرج تحت هذا

الاطلاق) يريد قوله والوصي

بمنزلة الاب في جميع ذلك

وقوله (ان الوصي لا يملك

الصلح) يعني عن النفس

وأما عمادونها فإملاء

وقوله (وأنه) أي المال

(يجب بعقده) أي بعقده

الوصي

لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشق الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصلح) لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لأن فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لماذا كرنا (والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل) لأنه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فأنه لم يستثن الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتيان عنه فيمنزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص

المعتوه وهو جسد المقتول ولاية استيفاء القصاص اه واقتنى أثر جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التجميع وغاية ما يمكن في توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكره على التمثيل دون التخصيص (قوله لأنه من الولاية على النفس شرع لأمير راجع إليها وهو تشق الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الأخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا الاثني في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما نسبته الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواء ورد عليهم مردود فانه ناشئ من عدم فهم معنى المقام وهو اد الشراح لأن معنى المقام انه اذا قتل أحد من كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لا يبي المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كماله ولاية انكاح المعتوه والصبي وهو اد الشراح التنبية على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الأخ مثلاً يملك انكاح المعتوه والصبي ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فإنه يملكهما معا وينو وجه الفرق بأن القصاص شرع لتشق وللاب شفقة كاملة يعذر بالولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشق كالحاصل للابن بخلاف الأخ فقول صاحب الغاية لأن الأخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليقه بقوله لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا ساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا في ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التي نحن فيها كما يفصح عنه جمل اعتبار المحيط البرهاني فانه قال في نفسه واذا وجب القصاص لصغير أو معتوه في النفس أو فيمادون النفس وله أب ولا حتى للاب في هذا القصاص فان الاب يملك استيفاء القصاص عما نأخذ خلافا للشافعي اه وان أراد بذلك ان الأخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر في شيء من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذي ذكره في الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضي خلاف ذلك قطعاً (قوله وله ان يصلح لأنه أنظر في حق المعتوه)

(قوله ولا يتوهم أن كل من

ملك الانكاح ملك استيفاء

القصاص كالأخ فإنه يملك

الانكاح دون القصاص)

أقول قال الانقائي قال

بعض الشارحين في هذا

الموضع كل من ملك الانكاح

لا يملك استيفاء القصاص

فان الأخ يملك الانكاح ولا

يملك استيفاء القصاص

فأقول هذا ليس بشئ لأن

الأخ يملك استيفاء القصاص

اذا لم يكن ثمة من هو أقرب

منه كالأب والابن وكذا

يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة

ولي أقرب منه فاذا كان ثمة

أقرب منه فلا يملك الانكاح

أيضا لأن من يستحق الدم

هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكروا الاثني في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اه

وفيه بحث لأن ما ذكره فيما اذا قتل الأخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الأخ المعتوه والاب حتى (قوله لأنه شرع لتشق) أقول هذا

تعليق لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

تعليق لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشبي في وهو مختص بالاب ولا يملك العدة فلو ان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فلهذا
وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كماله في النفس لان المقصود من مقتضى وهو
التشبي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يستلزم بها ممتلك الاموال فانما اخلفت وقاية للاقتصر
كالمال على ما عرف فكان استيفاءه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة
الاب في الصحيح ألا ترى ان من قبل ولاولى له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلة فيه

قال جهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط
وان قل ويجب كل الدية اهـ وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنتز وقال صاحب الفقيه قال
بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الخط وان قل ويجب
كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث يجوز صلح على المعتوه
عن دم قريبه مطلقا لانه قال ولا أن يصلح من غير قيد بدقه قدر الدية فيلزم أن يجوز الصلح على أقل من
قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء
القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا يرى أن الكرخي قال في مختصره وإذا وجب
لرجل على رجل قصاص في نفس أو قيمادونهما فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز
قليل كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس وأرض الجراحه أو أكثر الى هنا لفظه أقول نظره
ساقط فان لأصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهدين الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما
صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الاثر ههنا كذلك والظاهر أن الشراح
أخذوا التقييد مدعاه من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس
الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا اطلاق ظاهر لفظ محمد بدرجة الله في هذه المسئلة
ثم إن قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل
والكثير ممنوع فان في القصاص تشني الصدر ومادون الدية في مقابلة تشني الصدر لا يبعد نفعاعرفا
ولا لاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يبعد نفعاعرفا وعادة وأما
تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان
المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز
بالإرباذله اسقاط حقه بالسكية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف
ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لان نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا
بد في تصرفه من النظر ان له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق
بين التصرف لنفسه اصاله وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الداميل الذي ذكره
المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في
حق المعتوه من القصاص كان ينبغي أن لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند إمكان
المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعى ما هو الاثر له
ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الاثر لان في
خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة
على المال فيما نحن فيه على أن كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل
الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من
وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو اثنان كان فلهما الاستيفاء عند علماءنا رحمه الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجهه ما طاهر على ما ذكر ووجهه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العقوف في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير ما يؤس حال (٣٠١٥) الاستيفاء فالتنفي الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فالكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقال ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزى وفي استيفائهم الكل ابطال حتى الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى أو هو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص نشني الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فينشئ لا يلزم أولوية العمل بالمصلحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحب النهاية والكفاية في شرح هذا المجل بان كان للقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير أن يقال بان كان للمقتول أخوة بعضهم صغارا وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلامه ذلك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارة بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الإشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لاني جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين الموليين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين الموليين أي وأحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال أقول ليس هذا بشرح صحيح عندى اذ لو كان مراد المصنف بهذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين الموليين مستردا كحضا اذ يتناول حديث قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين الموليين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين الموليين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليمتثل عجموع القوانين فلا يحتاج الى التفسير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين الموليين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المسدودين بل يكون كل من قوله المزبورين إشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للآخرى ووافق صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة الموليين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزى سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزى "قصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجحد محذور في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

بسبب لا يتجزى وهو القرابة مثبت لكل واحد كما لا كولاية في الادكاح واعتراض بان له كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتل وعفا أحدهما الاولياء فان لغیره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد فلم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب ما لا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو ثبت للزوج والزوجة (قوله واعتراض بأنه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كما لا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال)

(٣٠١٦ - تكمله لمن) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العاني ساقطا في حقه فاستحالة ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العاني فيجوز أن يسقط في حق العاني وثمرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص و ثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحد او سقط في حق العاني أو وث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجهه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

وقوله (ومسألة المولى
منوعة) جواب عن قوله
أركان بين المولى وبين
منه ما ذكر في الأسرار
لأرواية أبي عبيدة
رب لأن ثم قتل أو قتل
مرتين في يومين
لأنهم إن أسددهما لا يتفرد
بالاستيفاء وإن أسددهما
المولى بين انما لا يتفرد
بالاستيفاء لأن السبب
لم يكمل في حقه لأن بعض
المسلكت ببعض الزلاء ليس
بسبب أحد لا فكانا
كن شخص واحد والواحد
منه ما كن شخص واحد
وشطره وقوله (ومن
ضرب رجلا بغير الخ) واضح

(قوله ولست أسددهما أحده
المولى بين انما لا يتفرد
بالاستيفاء) أقول فيكون
قوله أنه حق لا يتجزى
مخصوصا بما إذا لم يكن
السبب القرابة كما لا يخفى
(قال المصنف وفيه خلاف
أبي حنيفة رحمه الله تعالى)
أقول فيه أن قضية المساق
أن يقول وفيه خلاف أبي
يوسف ومحمد فليتأمل
(قال المصنف وهي مسألة
المراعاة) أقول فيه بحث
بل تلك أهم منها فإن القتل
بالسوط قد يكون بدون
المراعاة كما إذا ضرب صغيرا
فمات منه وجرب أن
الضمير عائدا إلى خلافة
الشافعية لا إلى مسألة
القتل بالسوط مطلقا فافهم

واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كما لا يخفى ولاية الاتكاح بخلاف الكبيرين لأن
احتمال العفو من الغائب ثابت ومسألة المولى بين منوعة قول (ومن ضرب رجلا بغير قتله فإن أصابه
بالحد يد قتل به وإن أصابه بالحد ففعله السبب) قال رضي الله عنه وهذا إذا أصابه بحد الحد يد بحد
أخر فحكم السبب وإن أصابه بحد ففعله السبب وجوبه عن أبي حنيفة اعترافا منه
لأرواية وهو الحد يد وعنه انما يجب إذا جرح وهو الأصح على ما بينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب
يستحب الميزان وأما إذا ضرب به بالحد ففعله السبب وجوبه عن أبي حنيفة اعترافا منه
حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بمنزلة وفيه خبر أبي حنيفة على ما بين
وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وفي مسألة المراهقة له أن المراهقة في الضربات إلى أن
مات دليل العمدية فيقتضي الموجب ولنا ما روينا أن قتيل خطأ العمد يروى شبهة العمد الحديث
ولأن فيه شبهة عدم العمدية لأن المراهقة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعترافا بالقصد في خلال الضربات
فيجري أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دائمة لا تقود فوجب الدية

لأنه مال والمال متجزى بالارب فالأظهر في بيان ككون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي
ومعراج الدراية أثناء تقرير دليل الامامين وهو أن التمثل غير متجزى لأنه تصرف في الروح وهذا لا يتصل
التجزى ثم إن بعض الفقهاء طعن في قولهم هناك سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون
سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة
أيضا كما صرحوا به مع أن السبب في الزوج والزوجة هو القرابة وفي المعتق والمعتقة هو الزلاء دون
القرابة إلا أن الظاهر أن قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتل في الأكثر
قراءته وإما بناء على أنهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارت دون حقيقة القرابة فيم الكمل
(قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كما لا يخفى ولاية الاتكاح) قال
الشراح وجهه أبي حنيفة مبنى على ثبوت التفرقة بين الصغير والكبار الغيب من حيث احتمال العفو
في الحال وعدمه فإن العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز أن يكون الغائب عفا
وإنما لم لا يشعر به ولو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأبوس حال
استيفاء القصاص لأننا ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المال لا تعتبر لأن
ذلك يؤدي إلى سد باب القصاص لاحتمال أن يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط
شيخ الإسلام والجامع الصغير للإمام المحمدي أقول انما قل أن يقول إذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون
قريبه مقتولا بأن كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال إذا عفو عن
الشيء فرغ الشعور به فثبت لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسألة الغائب نعم مثل هذه الصورة أيضا
فكيف يتم فيها ما ذكره من التفرقة ثم أقول يمكن أن يدفع ذلك بأنه يجوز أن يقول ذلك الغائب في ذلك
الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فأنى عفوته وبرئته منه فبندرج في هذه الكلية
عذره عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصومه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الأولياء
غائبا وإن كن وهو ما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجتماع ولعل حل هذا المقام
بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أحسنه الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بمنزلة
وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا بل يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمه الله
لأن الحكم المذكور في ما سبق في أصل المسألة وجوب الدية عند الإصابة بالحد ولا وجوب القود عند
ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثل لا في وجوب الدية فيه فإن وجوبها فيه عين

وكذا قوله (ومن غرق صيبا) و (كأيناد) إشارة إلى قوله يفعل به كما فعل ان كان فعلا مشروعا وقوله (لهم) أي لابي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول (٣٦٧) وقوله (ولاءراء في العصة) أي لاشك فيها

وقوله (ومن منة المقصة للجلمين) الجلم الذي يجزبه وهما جلمان

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهم ما لا يقدوالا

بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتل خطأ

العمد قتل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك

استدل به على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث

واستدلالهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث

في نفى وجوب الدية وأما القصاص بالتغريق فلم يعمله بل وجب ودنص

أقوى منه لا قدوالا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون مستروكا بالكلية

وبجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا في التوزيع

ببحث كما لا يخفى (قال المصنف ومن منة المقصة للجلمين) أقول قال الحكاكي سميت المقصة مقصة لان

قال (ومن غرق صيبا أو بالغافي البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة وقال لا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفى حزار عندهم يفرق كإيناده من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها أمانة العمدية ولا حراء في العصة وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبي عن الممانلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين

مذهب أبي حنيفة وإنما الخلاف فيه لابي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لامن جهة القدح ولامن جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أي للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اه وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أي لابي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اه أقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم إلا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون إلا بشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية ان الشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعلا في الاستيفاء بهما هذا الحديث لقوله عليه السلام لا قدوالا بالسيف اه أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحد هما دون الآخر مع كونه لا يخالف عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قدوالا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قدوالا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وثبتت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانما اذا تعارضتا ساقتا لا تناقولا لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قدوالا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص إلا بالسيف لان الساقط لا يصلح لأن يتمسك به مع ان ائمتنا سكو به في ذلك المطلب واعتمدا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندى في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لابي يوسف ومحمد والشافعي كاهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقة ته وأما الامان فيجمله لانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكاة قوله من غرق وغرق وانما يحمل لانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قدوالا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهرا النصين يطلب الخاص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما او ههنا الخاص عند ههنا يتيسر بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ريش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسئلة

(١) في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قدوالا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار إليه المصنف فيما بعد بقوله وماروا غير من فروع تأمل اه منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التعريق بالتعريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا أحدا بعد الله (أو هو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (إليه) أي إلى كونه محمولا على السياسة (إضافته إلى نفسه) حيث قال عز قناه ولم يقل عز قوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله إنما كان في الكفارة فانه روى عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فأنها واجبته عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سبب دم محققون على التأييد حمدا (وعدم ما يبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة وقوله (وإذا التقي الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطأ) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطف على الكفارة وقوله (على ما نطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي بآل الروي أن سيوف المسلمين وآل علي عليه السلام في بعض الليالي في غزوة الجند في قتلوه على ظن انه مشرك فقتل سيوف المسلمين صلى الله عليه وسلم (٣٦٨) بالدية فوهمهم الهم حديثه وقوله (ومن شج نفسه) واضح

وقوله (وقوله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق النعمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات خف أنفه بمرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنايته على نفسه معتبرة فصارت كالبغي وقوله (فلم يكن هدرامطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

ولا تماثل بين الجرح والذوق لقصد ور الشان عن تخريب الظاهر وكذا الایمان لان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثل نادر ومارواه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وقد أومت إليه اضافته إلى نفسه فيه وإذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فأضيف اليه قال (وإذا التقي الصفان من المسلمين والمشركون فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطأ على ما بيناه وانما بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على الإيمان أبي حنيفة فقتل سيوف المسلمين صلى الله عليه وسلم بالدية قالوا إنما يجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركون لا يجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثروا قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشبهه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدر في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى بأثم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبه في كتاب التنجيس والمز يدقلم يكن هدرامطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكان النفس تلتفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

فصل قال (ومن شهر على المسلمين سيف فاعليم أن يقتلوه)

التعريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح ليبيان وجه دلالة على ذلك والانصاف انه لا يدل عليه دلالة اقتناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التحولات ولعل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك

فصل لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلا

يشتمل على المسائل التي لها عزيمة إيجاب القصاص وهي كاهن من جنس واحد وكلامه واضح

كل واحد من الحدين يماثل الآخر اه وفي شرح الشاهان لانه سوى به ما بين التوب وبين المقطوع له التوب اه ولعل هذا الوجه اولى لاسم المنصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله أو هو محمول على السياسة وقد أومت أقول فيه بحث وجوابه أن تمة الحديث ومن حرق حرقة ومن قتل عبدا قتلناه كذا في فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ مسند للنوع وقوله أو هو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تميم السند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبدء أو قوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال الكافي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باعيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

فصل ومن شهر (قوله ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عزيمة إيجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور وعليه يوجب القصاص ان لم يثبت ما ادعاه من سل السيف عليه بالينة

عليه عصا في المصير ثم ارافقت له المشهور وعليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا نلبث وفي المصير يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لأنه لا يلبث وبخلاف المفازة أو كان في المصير لا لأنه لا يلحقه الغوث وإن كان الخشب أو الحجر عظيمًا لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم (قوله فقتله الموصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة) أقول الأولى قطع الكلام عند قوله عمدا أو يتمه بقوله وعند الشافعي لاشئ عليه كما لا يخفى (قوله يعني أن المكره لما صار مساوياً للاختيار الخ) أقول شذا الكلام على هذا التقرير كلام الرأى من الشافعي والافعه مذهب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وإنما لا يجب القصاص لوجود المبيع وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيع ما يعزم الموجب (قال المصنف فوجب الدية) أقول لأن أثر الاضطرار في دفع الأثم والقصاص دون الضمان كالمضطر إذا أكل مال الغير (قوله لأنه أسهل من الابتداء) أقول فيه شئ إذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

ما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التسع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولامعتبر بكبر السد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج الكبير رأسه فان الكبير قد اعتبر وخبر المشجوج بين القصاص عقدار شجته وبين أخذه أرض الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وفي الاتصاف عقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فاتفق المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فان شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وان شاء أخذ أرضها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدوري وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روى أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء على (٣٧٠)

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطع يده وان كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبي عن المماثلة فكل ما أمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لا مكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القطع وان كانت قائمة فذهب ضوءها فغلبه القصاص لا مكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمي له المرأة ويجعل على وجهه قطن وطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوءها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السنن القصاص) لقوله تعالى والسنن بالسن (وان كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم الا في السن) وهذا اللفظ مروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنه ما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالبرد ولو قطع من أصله يقطع الثاني فيتمثلان

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس اذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز أي ذو قصاص أقول لا وجه لتذكير ذوقه لا لابتداع ركيك لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قطع من أصله يقطع الثاني فيتمثلان) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قطع السن من أصله لا يقطع سنه قصاصا لاعتدال المماثلة فربما تفسد به لثاته ولكن يبرد بالبرد الى موضع أصل السن وعراه الشراح الى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل ثجب فان أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب بالبرد ولا بالقبول بل ذكروا المسئلة على

بعضهم من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة الى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة الى قوله وهو ينبي عن المماثلة وقوله (ولا قصاص في عظم الا في السن) وهذا اللفظ مروي عن عمرو ابن مسعود رضي الله عنه فان كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فسر بينهما وبين غيرها من العظام وهو امكان القصاص فيها بان يبرد بالبرد بقدر ما كسر منها أو الى أصلها ان قلعها ولا يقطع

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التسع) أقول انما قال بمنزلة التسع

لأن القصاص في الأطراف ليس بتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة

قال

على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف (لقوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان النسفي في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متقاصاة بعضها ببعض (قوله ولم يأخذ من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذ راجع الى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وخبر رأسه راجع الى الشاج (قوله لان المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقر به لان المعتبر في ذلك الشين اذ ليس فيه ثنويت المنفعة الى آخر ما قال ويجي عن المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فان الشين لا يتفاوت في اليد اذا قطعت (قال المصنف تحمي له المرأة) أقول استئناف بياني الإساءة كرم كردن (قوله وهو إشارة الى قوله وهو ينبي عن المماثلة) أقول دل إشارة الى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص في عظم الا في السن) أقول اختلف الأطباء في السن هيل هو عظم أو طرف عصب يابس فنه من يسكر أنه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لتعذر المائنة فربما تنفسه ببلاته كذا في المبوط وان كان غير عظم كما أشار إليه قوله سلم لا تقصص
 في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فذهب من قال هو طرف عصب يابس لا يندب ويخرب بعد
 تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكان قد وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس في مبادون النفس
 شبه عمد) قد ذكره ذلك لكنه قد ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الأول على أن المراد به أن أمكن القصص وذلك لأن
 شبه العمد إذا حصل في مبادون النفس وأمكن القصص جعل عمدا روي أن الربيع عمه أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية
 من الانصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصص والطامة إذا أتت على النفس لا توجب القودون لم يمكن القصص جعل
 خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (لا في الحرق يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصص
 فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى (٣٧١) وسلم في الباب طر يقاسمها وهو

اعتبار الاطراف بالنفوس
 لانها تابعة للنفوس فكما
 يجري القصاص بين الرجال
 والنساء في النفوس فكذلك
 في الاطراف ككونها
 تابعة لها

قال (وليس في مبادون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو
 الذي يختلف باختلاف فهادون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد
 والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة في مبادون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدین) خلافا
 للشافعي في جميع ذلك الا في الحرق يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالنفس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم
 لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير
 من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذ صاحب الوقاية فذكره
 في متنه حيث قال ولا قود في عظم الآسن فتقلع ان قلعت وتبردان كسرت وكان مأخذ من الوقاية هو
 الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلع من غيره
 هل يتلع منه قصاص أم يرد بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني
 حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن
 الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر الفساد يرى أنه لا يقلع من القالع ولكن يرد سن
 القالع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الأئمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام
 في شرحه أنه يقلع من السالع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزاع والنزع
 والقلع واحد وفي الزيادات نص على القاع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس في مبادون النفس شبه عمد
 انما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكره هناك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل
 الاول على أن المراد به أن أمكن القصص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما
 ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هناك بأن قال يعني ليس في مبادون النفس شبه عمد انما
 هو عمد أو خطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى
 ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل
 واحدة من العبارتين معنى مغاير للمعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد
 فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا مأجرى مجرى

(قوله فيحمل الاول على
 أن المراد به الخ) أقول
 فيه بحث بل الاول
 محمول على ما اذا تعمد وانما
 سقط القصاص في بعض
 المواضع لتعذر المائنة
 وذلك لا يخرج عن العمدية
 كما اذا قتل الأب ابنه عمدا
 والثاني ما يعم التعمد وغيره
 فتدبر اذا ضمير في قوله
 انما هو عمد أو خطأ عائد
 الى ما في مبادون النفس من
 الجناية لا الى شبه عمد كما
 لا يخفى فلا يخالف الثاني
 الاول اذ ليس الموضوع
 فيه ما واحدا ويمكن أن
 يقرر هذا البحث بوجه آخر

بأن يقال ليس الموضوع في الموضوعين واحدا فانه في الاول شبه العمد وههنا ما يوجد في مبادون النفس من الجناية مطلقا فلا
 مخالفة حتى يحتاج الى التاميق وعدمهم وان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لما منع كما اذا قتل
 الأب ابنه عمدا فليتام (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لما منع (قال المصنف ولا قصاص
 بين الرجل والمرأة في مبادون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانتف بالانتف والاذن بالاذن
 مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيص الباقي
 بخبر الواحد فخصصناه بما رويناه انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصصناه بما رويناه أراد
 به ما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض
 عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص موضع النزاع فالماكل القياس

(ولنا أن الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو) أي التفاوت (معلوم قطعاً بتقويم الشرع) فان الشرع قوم البذل الواحد للآخر بمئة دينار قطعاً وبقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية لبذل الحزر بقينا فاذا كان التفاوت معلوماً قطعاً أمكن اعتباره (بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام في الحزر والعبد لم يستقيم بين العبدين لا مكان التساوي في قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوي انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعاً لا تثبت بذلك كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بحسبها فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البذل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحة وانتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب (٣٧٣) أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بهامسلك الاموال لانها خلقت وافية لانفس

ولنا أن الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعاً بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بمخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبمخلاف الانفس لان التلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوي بينهما في الارش

السلاح عند أبي حنيفة وهو بالاعتقال به غالباً عند أبي يوسف ومحمد والشافعي فهو عند فيمساوي النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمنايع يمنع عند فان سقوط القصاص لمنايع يقع في القتل العمد في النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمداً وكما اذا أورت الابن قصاصاً على أبيه فلان يقع في العمد في الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمداً وأخطأ أن الذي كان فيما دون النفس عمداً وأخطأ لأن شبه العمد عمداً وأخطأ فان ضمير هو في قوله انما هو عمداً وأخطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمداً لان الجحالة لان يكون شبه العمد خطأ في النفس ولا في الاطراف لان تعدد الضرب معتبر في مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك في الخطأ فاذا كان معنياً الكلايين في المقامين مختلفين بالوجه الذي ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد بان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققت مما قد مرنا تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بهامسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون جهة عليكم قلنا قد خص منه الحرب والمستأمن والنص العام اذا خص منه شيء يجوز تخصيصه بخبر الواحد خصوصاً بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولاً فلانه قد تقررت في علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شيء بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيافي الباقي فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شيء بما هو موصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيافي الباقي بل يكون باقياً على حاله الاولى ولاشك أن مخرج الحرب والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول به فاعتكفوا باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشال ليس منه فمعتبر مانعاً من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بهامسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنسفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف والباقي ظاهر

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب في الكفاية بأن شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتاً باعتبار

الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحرة والذ كمنع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروفاً فيمنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن في ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أي القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعني كالأموال الربوية اذا قوبلت بحسبها والمساواة في القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوي في الاصل ثابتاً أي باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أي كالشال والخفة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعاً مطلقاً والشال ليس منه) أقول أي ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلاً) أقول يعني لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة في يده الصحة اذا أوجبنا القطع (قوله للزيادة في الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد في مقابلة الرديء (قوله لانه اسقاط) أقول يعني من المقطوع يده الصحة

القصاص) لانه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن الواجب أحد الشئين اما القصاص أو الارش فاذا تعذر أحدهما الفوات محله تعين الآخر

قال (ومن قطع يذرجل من نصف الساعد أو جرحه جائرة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذا لاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرع نادري فبقي الثاني الى الهالك ظاهرا قال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع البدل المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كلاما تعذر له أن يتجاوز دون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثل اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الاتفاق ثم اذا استوفاهما ناقصا فقد رضى به فبسط حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد (ولو سقطت المؤنة قبل اختيار المجنى عليه أو قطعت ظمما فلا شيء له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقه حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معني

وقد منا غير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما نانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يقيد عدم جريان القصاص في الأطراف بين العبدين ولا يقيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب أن يقال ان الآية المذكورة آية القصاص والقصاص ينشأ عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسيره هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينشأ عن المماثلة فكل ما يمكن رعايته فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث قال فيسقط عدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجرأة على ظاهرها لاطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف بقصور أجزائها على ظاهرها لاطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعه بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد والرجل من غير المنصل وكذا فيما اذا قطع الطرف العبد فظهر أن المداري وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المذموم اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الأطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا والسراح كانوا في طريق دفعه طرائق قد دافعا لصاحب العناية فالجواب أن أقصد كذا أن الأطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي ما نعاما مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر ما نعاما من جهة الاكل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوت في المنفعة ينتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر قلنا يعتبر من جهة الاكل لئلا يلزم أن يكون بالذات الزيادة في الأطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فسلان ما ذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر ما نعاما مطلقا وأما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر ما نعاما من جهة الاكل ولا يعتبر ما نعاما من جهة الانقص فتشكك في كون العدالة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الأطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضا اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي أيضا لا تفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضا ما نعاما من جهة الانقص وأما نانيا فلان كون الشلل عمالا لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعها فان الشرع جعل أرض اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

(قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال لا يخير فان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغير والكبير كما في البدل الكبيرة والصغيرة كذا في شرح المكاتبي وذكر الزبلي الفرق في شرح الكنز في مسألة قطع اليد وقال لم يعتبر بهما الكبير والصغير في العضو واعتبر في الشجعة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوع وهي لا تستوعب رأس الشجاع فأثبت للمشجوع الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجسته وانما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجعة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجعة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف

قال (ومن شجر رجل فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وحى لاستوعبت ما بين قرني الشاج والمشجوع بالخيار ان شاء اقتصر بقدر رغبته يبتدئ من أى الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موصفة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادة او في استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوع فينتقص فيخير كفى السلام والصحة وفي عكسه بخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كمالا لتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وحى تأخذ من حيث يشاء الى قتاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معانم كلفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكرك فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضهم لانه يتعذر اعتبارها

أرش اليد السلام محكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية فهنا أيضا حيث قال في أثناء تمايل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الاطراف مختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا انما اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلنا يعنى يمنع استيفاء الاكمل بالأنقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكيم فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما ما يصاحبه كالمعين مع اليسار وهذا المعنى وهو أن التفاوت اذا كان للمعنى حسي فمن له الحق اذا رضى بالاستيفاء يجعل مبرثا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز وله الا يستوفى الاكمل بالانقص وان رضى به القاطع لانه يكون بالرضا باذلا للزيادة ولا يمكن استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكيم فلا وجه لتمسكه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتنى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالاكمل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشدين بالكمال والنقصان فصاحب الاكمل ان رضى بأن يستوفى في الانقص من صاحب الانقص بمقابله الاكمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكيميا وأما صاحب الانقص فان رضى بأن يستوفى منه صاحب الانقص الاكمل بمقابله الانقص يصير باذلا لزيادة حقه بالضرورة أيضا بالتفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكيميا والبذل في الاطراف غير جائز بخلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لان سلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالنقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ايضا الكامل منها بذلا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصدد هان فان مدار ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقيق التفاوت الحكمي بينهما وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل بعمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكروالحرم منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوى في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالنقص دون عكسه اذا رضى به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شجر رجل) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يذرجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه) بخير أيضا وهو أن يكون رأس المشجوع أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوع مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على ما يكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيختير بين الانقصا وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موصفة لكونها مشينة فقط) أقول يعنى لا تكون مشينة فقط للنفعة اذ ليس فيها تفاوت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

﴿فصل﴾ لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة (إذا اصططح القاتل وأولياءه المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا إذا على مقدار الدية لقوله تعالى فن عنى له من أخيه شيء الآية على ما قيل انها انزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن (٣٧٥) والضحك ومجاهد وهو موافق للام فان عفا اذا استعمل باللام

كان معناه البذل أى فن أعطى من جهة أخيه المقتول شيئا من المال بطريق الصلح فاتباع أى فن أعطى وهو ولى القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ما قيل لان أكثر المفسرين على أنها في عفو بعض الأولياء ويدل عليه قوله شيء فإنه يراد به البعض وتفسيره فن عنى عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروي عن عمرو بن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم فاتباع بالمعروف أى فاتباع غير العاقب بطلب حصته بقدر حقه ووجود القاتل اليه حقه وافيها من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان شاءوا قادوا وان شاءوا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه) يعنى

﴿فصل﴾ قال (وإذا اصططح القاتل وأولياءه المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فن عنى له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت الآية في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت لاورثة يجري فيه الاسقاط عفا فكذا تعو ايضا لشماله على احسان الاولياء واجياء القاتل فيجوز بالتراضي والقيل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهم ما كان خلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبد فامر الحرة ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمه ما على ألف درهم ففعل فالألف على الحرة والمولى نصفان) لان عقد الصلح أضيف اليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

من هذا رأى تاج الشريعة في الفرق بين المسئلتين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أريد أن شرع لقصاص بعينه المساواة بحسب الأصل ولا اعتبار لل تفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالنقص وهو الاشكالي يجوز عكسه لانهم ما متساوا بان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشال مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالنقص بل بالرب وان أريد أن شرع القصاص بعينه المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء النقص بالكامل اذ ارضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقيق المساواة المعتمدة في شرع القصاص فمع اياه عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا اذ ارضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه في هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا قتال حق التأمل فلعن حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرء مما تسكب فيه العبرات

﴿فصل﴾ قال في العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك في فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفي في اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره في فصل على حدة فهاهنا معنى قوله في تالى الشريطة المذكورة أتبعه ذلك في فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت لاورثة يجري فيه الاسقاط عفا فكذلك تعو ايضا) أقول لقائل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفا في شيء جريانه تعو ايضا يضافه ألا يرى أن الشفيع اسقاط حق شفيعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفيع ولا يصح أن يصالح عن حق شفيعته على مال كما مر في كتاب الصلح فليتنامل في الدفع (قوله واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقيين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول في عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى عن وقد عداها في الكتاب عن حيث قال من الدم والثاني أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذكر في الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب في قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزى

أنه ليس للمولى العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقي ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعنى كالاتفاق على مال

﴿فصل﴾ وإذا اصططح القاتل (قوله فإنه يراد به البعض) أقول يوهم تجزى القصاص

والدية عند مالک والشافعي
مخالف (رواية المبسوط
والايضاح والاسرار وهو
مؤخذة ضعيفة لانه
لا يلزم من المخالفة لها عدم
صحته مانقله والمذهب

والدية عند مالک والشافعي
مخالف (رواية المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على خلاف مالک في الدية خاصة وان الشافعي
حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص
سئل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين
لا يلزم من المخالفة لها عدم ثرواتها خلافة وهي بالنسب دون السبب لا تقطاعه بالموت وإنما عليه السلام أمر بتوريث امرأته

وقوله (ومن شجر سبيل) قد
مذهبهما مانقله وقوله
(ليسا أن الورثة خلافة)
يستلزم عدم توريث أحد
الزوجين من الآخر شيئاً
وهو باطل ولا يمكن يحمل
على أن معناه الورثة فيما
يجب بعد الموت خلافة
وهي فيه بالنسب
لالسبب لا تقطاعه بالموت
والقصاص والدية انما يجبان
بعد الموت وقمانه فاسد
بالقتل والعقل أما الأول
فحديث امرأة أشيم
الضابي بكسر الصاد المعجمة
كما ذكره في الكتاب وأما
الثاني فسلامه ما موروثان
كسائر الاموال بالاتفاق
فيجب أن يكونا في حق
الزوجين كذلك لان وجوبهما
أزلاً لليت ثم ثبت للورثة

(قوله وان الشافعي يقول
النساء لا تستوفى القصاص
الخ) أقول هذا وجه
للشافعي وما ذكره المصنف في
القصاص وجه آخر ذكر
ذلك في كتبهم والصحيح
مقابلهما (قوله والمشهور

القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فثبت كسائر كل واحد
من أولياء القتل فالظاهر في وضع هذه المسئلة أن يقال واذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو ما عفا
حقه على عوض سقط حق الباقي في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعير بالنصيب انما هو
المحرز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لتكون من قبيل الاموال فكان لكل
واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعير في شأن القصاص فان يذكر لفظ القصاص
بدل لفظ النصيب كما ثبتنا عليه وعن هذا قال المصنف عند تقرر رد دليلنا على هذه المسئلة ومن سره
سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقي فيه لانه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كثر
يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً عند ما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار
ما يدل على أن خلاف مالک في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ان أبي
في الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو
قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالک والشافعي
مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار أقول فيه نظراً لان ما ذكره في الكتاب انما يكون مخالفاً
لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية جميعاً عند مالک والشافعي وهو
غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين متعلقاً بقوله وكذا الدية وحده
لا يجمع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ولا يخرج عن نوع ارشاده انه فصل
قوله وكذا الدية بذ كر لفظه كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاق أيضاً لقل
وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا نقل
تاج الشريعة في شرح قوله خلافاً لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوج
من الدية شيئاً لان وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض المصنف في شرحه
لروايقه فخرير صاحب الكافي هي ما حيث قال والأصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقوله
مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيئاً انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو
مؤخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحته مانقله والمشهور من مذهبهما ما نقلناه انتهى أقول
ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكيفية بل أراد بيان مخالفة مالک
في الكتب الثلاثة المعتمدة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والاسرار فان صاحبهما من أساطين الائمة
ولان مسلم أن المشهور من مذهب مالک والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعاً بل
المشهور من مذهبهما ما ذكره في تلك الكتب فالوجه التوفيق بين ما ذكره في الكتاب وبين ما في الكتاب
نهنا عليه اتفاقاً (قوله ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضابي من دية زوجها أشيم) القول

من مذهبهما مانقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا
صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الورثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المعتق وعندهما
ليما أن يقولا انقياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورثه
(قوله الورثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع إلى الورثة وضمير فيه راجع إلى ما في قوله فيما يجب

ولا يقع لليت الابأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكأننا كسائر الاموال في ثبوتهم ما قبل الموت ألا ترى أنه اذا أوصى بثلاث ماله دخلت ديتة فيها وتقتضى منه ديونته وكان على

(٢٧٧)

على من أحرز الميراث وهو كفي به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدين) يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقتلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجـزء وكـله مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح

(قال المصنف لانه لا يتجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزئ أن يقط في حق العافي ككلا كتبوته له ككلا ولا يستأزم ذلك سقوط حق الباقيين الا أن يقال لما كان الحق واحدا أدرت سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقيين لثبوتهم من وجه دون وجهه فليتأمل ويمكن

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاستقاط عفوا وصحفا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقيين فيه لانه لا يجوز أن يخلف ما اذا قتل رجلين وعفا أحدهما للابن لان الواجب هناك قصاصا من غير شبهة لاحتملاف القتل والمقتول وههنا واحد لا اتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقيين مالا لانه امتنع عني راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدين فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد

فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص أيضا الا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فانه سيجب في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الورثة عنه ههنا كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلافه دون الورثة فلا يصح أن يقال من قبله لانه حق يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أو متناظرة فكيف يتم تعميل المتفق عليه بالخلاف فيه وقول المصنف في تتمه حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجزئ نفعاً لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هناك يثبت عندهم جميعا للورث الغير المقتول قبل موته وارثة من المقتول عندهما وخلافه عنه لاوارثة عنه أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنه بل انما يثبت عنه بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابها والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهم مأمورون ان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة ولا يقع لليت الابأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكأننا كسائر الاموال في ثبوتهم ما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغسة في الظن بور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتبانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا لليت ثم يثبت للورثة صرح بانهم ما يعنى القصاص والدية مأمورون ان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بـورث من المقتول عنه أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل

توجيهه كلام المصنف بذلك (قوله كالأنف المؤجل الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شيء جوابه سهل

قال (واذا قتل جماعة واحدا المخرج) اذا تعدد القتلى اقتصر من جميعهم والقياس لا يقتضيه لان انتهاء المساواة لكنه تركه بما روي ان من أهلك من أهل صنعة قتلوا رجلا فقتلوا من رضى الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو قتل الأعمى عليه أهل صنعة أقتلهم والتماثل والتماثل والتماثل وصنعاء الذين قتلهم ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهم أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصداقة رضى الله عنهم متوافرين ولم ينكر عنهم أحد فخل محل الإجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالب الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من التساوي يجب من جرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء انه لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لا قصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولما قيل أن يقول ماذا كرمتم من المعقول ان لم يكن قياسا على جميع (٣٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى

ان النفس بالنفس والجواب قال (واذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو قتل الأعمى عليه أهل صنعة أقتلهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا تنسئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقيين)

الرشاد (قوله) واذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو قتل الأعمى عليه أهل صنعة أقتلهم قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدى وفي النقصان من الجنس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا ما يعلم ببداية العقل فالواحد من العشرة يكون مثالا للواحد فكيف تكون العشرة مثالا للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيه أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روي أن سبعة من أهل صنعة قتلوا رجلا فقتل عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو قتل الأعمى عليه أهل صنعة أقتلهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيه أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روي عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه ان كان منفردا في قتاله وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان لمعارضته لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فسل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيره فكذا ذلك اذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشيء منه ما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المناقاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان وهنا وسيجي معنا الكلام في التوفيق بينهما بعد هذا القول (قوله) ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذا كرمتم من المعقول ان لم يكن قياسا على جميع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمه الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتصر من جماعتهم) لقول عمر لو قتل الأعمى عليه أهل صنعة أقتلهم أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجميع بالجميع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر

رضي الله عنه لو قتل الأعمى عليه أهل صنعة أقتلهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقربة الى نفسه كما سبق في وقال باب ما يوجب القصاص قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص من جرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرر بالدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى جرة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى جرة من جرة القتل العمد والقصاص (قوله) لا يكون معتبرا في الشرع أقول لان العقوبات لا تثبت الا بمثل هذه الأقسام (قوله) وان كان فلا يربو على القياس المقتضى لعدمه أقول وهو انتهاء الممانعة والمساواة (قوله) وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزي كشخص واحد أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كإلحاق المقتول كانه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر مما ذكره الشارح الا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكل الخ

بالاول منهم ويجب المال
 للباقيين) يعني ان قتلهم على
 التعاقب وان قتلهم جملة
 أوجه - ل الاول قتلهم
 وقسم الديات بينهم أو بقرع
 وقوله (وهو القياس في
 الفصل الاول) وهو ما اذا قتل
 جمعة واحدا (الا أنه عرف
 بالشرع) يريد قضية عمر
 رضى الله عنه (ولنا أن كل
 واحد منهم) أى من أولياء
 القتلى (فان قصاصا بوصف
 الكمال لانه لا يتجزأ أصله
 الفصل الاول) فان الجماعة
 تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم
 يكن بينهما مماثلة لما جاز
 ذلك واذا كانت الجماعة مثلا
 للواحد كان العكس كذلك
 لان المماثلة بين الشيتين
 انما تكون من الجانبين
 قوله (ولانه وجد من كل
 واحد منهم جرح الخ) يعني أن
 القتل جرح صالح لازهاق
 الروح وقد وجد من كل
 واحد منهم بحيث انه لو انفرد
 عن الباقيين كان قاتلا
 بصفة الكمال والحكم اذا
 حصل عقيب عال لا بد
 من الاضافة اليها فاما أن
 يضاف اليها توزيعا أو كلا
 والاول باطل لهدم التجزى
 فتعين الثاني ولهذا اذا حان
 جماعة كل منهم أن لا يقتل
 فلانا فاجتمعوا على قتله
 حتموا

قال المصنف (ولا أنه وجد

من كل واحد جرح صالح

اللازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح الوجه الاول كما لا يخفى

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقيين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت
 الديات بينهم وقيل بقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجد من الواحد قتلات والذي تحقق
 في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد
 منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه
 وجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المستتبعة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربوعا على
 ذلك بقوة اثره الباطن وهو احياء حكمه الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق
 الروح الغير المنجزى كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظرا لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات
 في الحقيقة كشخص واحد مجرد صدور ازهاق الروح الغير المنجزى عن مجموعهم وجعلهم مساوين
 لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد
 جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سياتى في تعميل المسئلة الآتية من أن الأصل عند
 أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد
 رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندى غنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس
 لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس
 النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى
 والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل يتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد
 النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص
 بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظر الى ظاهر اطرافه بل انما
 يستفاد ذلك من دليل آخر فكذلك انما تبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء
 التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان
 كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العمل المستقلة بالاجتماع على
 معلول واحد بالشخص وهو محال كما نقرر في موضعه وأما ثانيا فلان شرح الكتاب وغيرهم صرحوا
 في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص
 المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بدية الكثرة كذا القياس باجماع الصحابة على قتل
 جماعة بواحد فالقول ههنا يتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون
 جواب المسئلة ههنا جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل
 بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع بتحقيق المماثلة
 المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلين المستقلين بالاجتماع
 على معلول واحد بالشخص ممنوع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممنوع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شيء
 ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم
 الظلم على المعتدى على قدير الزيادة ولئلا يلزم الجنس لحق المعتدى عليه على تعدد نقصان ولا شك
 أن الظلم والجنس انما يندفعان بتحقيق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا
 يخلو الأمر عن الظلم أو الجنس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد
 من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقائل أن يقول
 حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله
 دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاتي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب (التحقيق الاحياء ونحقيق الاحياء قد حصل (٣٨٠) بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات بسقط القصاص) لقوات محل الاستفتاء فاشبهه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذا الواجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليه ما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمقرض اذا أخذ سكيناً وأمرهما على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها وأبجج بينهما بما يجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما ما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا تماثل له بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذر الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفضل في حيز النسيئة لا فتقاره الى مقدمات بطيئة فليحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما مقطعاها (وان قطع واحد يعني رجلين فحضر اقلهما أن يقطع يده وبأخذ ما منه نصف الدية بقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القرآن يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق في الثاني كالرهن بعد الرهن وفي القرآن اليد الواحدة لا تفي بالحقين فخرج بالقرعة ولنا أنهم ما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلا من رجل واحد الخ) تعدد الجاني في الاطراف ليس كتعدد النفس عندنا فاذا قتل عايدا فلا قصاص أصلا وقال الشافعي رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والاخر من آخر وأمر حتى التقي السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما ما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان أخذ سكيناً وأمرهما على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالانفس اما لو سكنها تابعة لها واما أن يجمع بينهما بما يجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لانا علم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لا تنفاه المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا كذا بخلاف النفس فان الانزهاق لا يتجزأ وقد

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليه اقاما أن يضاف اليها نوزيعا وكلا والاول باطل لعدم التجزئ فتعين الثاني ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى أقول فيه نظرا لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل نوزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كدابل يجوز أن يضاف كدابل الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لثلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كالا يخفى ويمكن توجيه مسألة الحلف بأن مدار الايمان على العرف كما صرحوا به في محله فاد اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كدابل مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حث كل واحد منهم في مسألة الحلف على العرف وأما القصاص فالعقب بر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين في الكتاب انما يشبهان فيما اذا حضرا ولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة أو أمافيما اذا حضروا واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقي كما ذكر أيضا في الكتاب فلا تشبه لشيء منهم ما اذا لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمة القصاص وعجز حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمسلمات من وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولا بعبده

هر والباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد يعني رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع عين أحدهما ويسار الاخر قطعت يده لا يقال تنفني المماثلة حينئذ لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعترف حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص جرحا وبه ان قوله لان البعد استحقها الاول وتقرر به ان
 لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتهدى الى شغل المحل الخالي بنجرته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
 الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في البعد ومن جهة الآخر
 له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤخر المعالم للوهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى
 بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فبقضى الآخر بالأثر وقوله
 (واذا أقر العبد بقتل المولى لم يرد له القود) وانما قيد بالعبد لانه لو أقر بالخط لا يجوز سواء كان مأذونا ومحجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون
 فلا يرد له من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨٩) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى
 على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
 ولهذا وقع طلاق زوجته
 بالاقرار لوقوعه بالايقاع
 واذا أقر بسبب يوجب
 الحد يؤخذ به وقوله
 (والفعل يتعدد بتعدد
 الأثر) قيل فان الرمي اذا
 أصاب حيوانا وضيق جلده
 سمي جرحا وان قتل له سمي
 قتيلا وان أصاب الكوز
 وكسره سمي كسرا كذلك
 يجوز أن يكون بالنسبة الى
 محمل عداو بالنسبة الى
 آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
 تسمية الفعل الواحد بأسماء
 مختلفة بالنسبة الى المحال
 ولا نزاع فيه وانما الكلام
 في أن يتعدد الفعل الواحد
 فيصير فعلين متضادين
 والاولى أن يقال معناه أن
 الفعل يوصف بوصفين
 متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عنه فلا يمنع ثبوت
 الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينه ما على التعاقب فستحق
 رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي الثبوت
 حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيمتنع حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقا
 مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل المولى لم يرد له القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقى حق
 المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متمم فيه لانه مضمرة فيقبل ولان العبد مبقى على
 أصل الحرية في حق الدم عدا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
 المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا فعاد فنفذ السهم منه الى آخرها فاعليه القصاص
 الاول والدية للثاني على عاقبته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
 والفعل يتعدد بتعدد الأثر

ولا بد منه ولا يمكن ان يسميه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب
 القصاص في تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
 نحن فيه ان الموجد من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذي هو معنى
 القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلة قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافي
 فهم ضعف هذا التماثل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتني أثر صاحب الهداية (قوله
 لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خبط
 ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو
 أدى أو يظنه سريفا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولاشك أن ما نحن
 فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
 (قوله والفعل يتعدد بتعدد الأثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا وضيق
 جلده سمي جرحا وان قتل له سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا كذلك يجوز أن يكون

(٣٩٠ - تكملة ثامن) كالحركة مثله فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذلك هذا الفعل
 يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة
 لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا امراد اثنان في الخطر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجنابة في انسان بخلاف لظن
 الجنابي كن رمي الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصد مطلقا كن رمي الى هدف فأصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى
 الخائف لهما كالرمي الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا لخراج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
 ليس بخالف للقصد ومن كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتيلا بالسرعة بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فخرها أو رمي الى شخص
 فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتيلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه

(قوله كالحركة مثله فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض التسمية ولا كذلك العمد والخطأ
 (قوله وهو لا يكون الا امراد اثنان الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصد مطلقا الخ) قوله والرمي بالنسبة الى الخائف لهما
 أقول قوله أو لقصد مطلقا على قوله لظن الجنابي وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد في قوله الجنابي وفي قوله أو لقصد مطلقا

(ولان القصاص شرع مع المنافي) وهو قوله صلى الله عليه وسلم الاكدي بنيان الرب ملعون من هدم بنيان الرب (لتحقيق الاحياء
وتحقيق الاحياء قد حصل (٣٨٠) بقتله) أي بقتل القاتل (فاكتفى به) ولا شيء لهم غير ذلك وقوله

ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن
وجب عليه القصاص اذ مات سقط القصاص) لقوات محل الاستيفاء فاشبه بموت العبد الجاني
ويتأتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدى ماعنده قال (واذا قطع رجلا نيدر رجل واحد
فلا قصاص على واحد منهم ما وعلم ما نصف الدية) وقال الشافعي تقطع يدهما والمفروض اذا أخذ
سكيناً وأمرهما على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لهما فأخذت حكمهما ويجمع
بينهما بجامع الزجر ولذا أن كل واحد منهما ما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما
والحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق
لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من الفصل في
جزالة مدة لا فتقار الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليه ما نصف الدية) لانه دية
اليد الواحدة وهما مقطعا (وان قطع واحد عيني رجلين فخصر افله ما أن يقطع يده ويأخذ
منه نصف الدية بقسمانه نصفين سواء قطعهم مامعا أو على التعاقب) وقال الشافعي في التعاقب يقطع
بالاول وفي القرآن يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها الثاني كالرهن بعد الرهن وفي
القرآن اليد الواحدة لا تفي بالحقيق فترجع بالقرعة ولذا أنهم ما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة

قال في شرح هذا الدليل يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث
لو انفرد عن الباقي كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب عمل لا بد من الاضافة اليها فاما أن
يضاف اليها نوزعاً وكذا الاول باطل لعدم التجزئتين الثاني ولهذا الحلف جماعة كل واحد منهم
أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حشوا انتهى أقول فيه نظرا لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى
تلك العلل نوزعاً بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كدليل يجوز أن يضاف كلا
الى مجموع تلك العلل من حيث هي مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على
معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الايمان
على العرف كما صرحوا به في محله فاد اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح
صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم في العرف انه قتل فلانا وان كان القتل في الحقيقة كلا
مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حث كل واحد منهم في مسئلة الحلف
على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذلك الدليلين
الذكرين في الكتاب أعما يتشبهان فيما اذا حضرا ولياء المقتولين وقتلوا القاتل بجملة وأما فيما
اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فقط حتى الباقي كما ذكرنا في الكتاب فلا عسمية لشيء
منهم ما لا يتصور أن يقال لاحد من الباقيين الغير الحاضر من الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل
فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح
صالح لازهاق فينبغي أن يجب للباقيين المال في هذه الصورة فليأمل (قوله ولان القصاص شرع
مع المنافي لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء
حكمه القصاص وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لا بد من حصول شرائطه أيضا ومن جعلها
المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذي بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولده ولابعد

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلا نيدر رجل واحد الخ) تعدد
الجاني في الاطراف ليس كعدد
كتعدد في النفس عندنا
فاذا قطع ايدافلا قصاص
أصلا وقال الشافعي
رحمه الله ان وضع أحدهما
السكين من جانب والاخر
من آخر وأمر احدى التتقي
السكينان فالحكم كذلك
لان كلامهم ما لم يقطع الا
بعض اليد فلا يقطع به كل
يده وان أخذنا سكيناً
وأمرهما على يده حتى
انقطعت قطعت أيديهما
اعتبارا بالانفس اما لكونها
تابعة لهما واما أن يجمع
بينهما بجامع الزجر ولذا أن
كلا منهما قاطع بعض
اليد سواء كان الحل متحدا
أو مختلفا لانا علم أن
ما انقطع بفعل أحدهما
لم يقطع بفعل الآخر
وقاطع بعض اليد لا يقطع
كل يده قصاصا لا تنفاه
المماثلة وهذا لان الحل
متجزأ فان قطع بعض وترك
بعض متصور فلا يمكن
أن يجعل كل واحد فاعلا
كذلك بخلاف النفس فان
الانزهاق لا يتجزأ وقد

مر والباقي ظاهر وقوله (وان قطع واحد عيني رجلين) فيسبب ذلك لانه لو قطع عين أحدهما
و يسار الاخر قطعت يده لا يقال تتقن المماثلة حينئذ لانه ما قوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما قوتاه عليه لان المعترف في
حق كل واحد ما استوفاه وليس في ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي) يعني لان من عليه القصاص جرحا وب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقرر به ان
 لقصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالي بتجزئته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت
 الثاني بخلاف الرهن لان الحق في المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعني أن حق الحاضر ثابت في اليد وهو من جهة الآخر
 له في الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أو لا يحضر فلا يؤثر المعام للوهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والاخر غائب يقضى
 بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعني أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيمضي للآخر بالأرض وقوله
 (واذا أقر العبد بقتل المولى له القود) وانما قيد بالعمد لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا أو مجبوراً أما المحجور فظاهر وأما المأذون
 فلا يمس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨٩) توضيح لبقائه على الحرية وكل ما لا يصح اقرار المولى

على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر
 ولهذا وقع طلاق زوجته
 بالاقرار لوقوعه بالايقاع
 واذا أقر بسبب يوجب
 الحد يؤخذ به وقوله
 (والفعل يتعدى بتعدد
 الاثر) قيل فان الرمي اذا
 أصاب حيوانا ومزق جلده
 سمي جرحا وان قتله سمي
 قتيلا وان أصاب الكوز
 وكسره سمي كسرا كذلك
 يجوز أن يكون بالنسبة الى
 محل عمد او بالنسبة الى
 آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك
 تسمية الفعل الواحد بأسماء
 مختلفة بالنسبة الى المحال
 ولا نزاع فيه وانما الكلام
 في أن يتعدد الفعل الواحد
 فيصير فعلين متضادين
 والاولى أن يقال معناه أن
 الفعل يوصف بوصفين
 متضادين بالنسبة الى أمرين

والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق الاستيفاء أما المحل فلو عنه فلا يمنع ثبوت
 الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل فصار كما اذا قطع العبد عينيهم ما على التعاقب فستحق
 رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فلا آخر عليه نصف الدية لان الحاضر أن يستوفي الثبوت
 حقه وتتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيمتنع حق الآخر في الدية لانه أوفى به حقا
 مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل المولى له القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق
 المولى بالابطال فصارك اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متمم فيه لانه مضمرة فيقبل ولان العبد مبقى على
 أصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق
 المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدافنخذ السهم منه الى آخرها تافعله القصاص
 الاول والدية للثاني على عاقبته) لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
 والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا يعمد به ولا يكاتبه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور في جميع ذلك وانما لا يجب
 القصاص في تلك الصور لا تنفاه بعض شرائطه أو لتحقيق بعض موانعه وعندنا أن قال الشافعي فيما
 نحن فيه ان الموجد من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلم يوجب التماس الذي هو مبني
 القصاص كيف يتم أن يقال في مقابلة قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكفي به ولعل صاحب المال
 فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتل أثر صاحب الهداية (قوله
 لان الاول عمد والثاني أحد نوعي الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ في القصد أقول هذا خبط
 ظاهر اذ قد مر في الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو
 آدمي أو يظنه حرييا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن
 فيه من قبيل الثاني دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا
 (قوله والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمي اذا أصاب حيوانا ومزق
 جلده سمي جرحا وان قتله سمي قتيلا وان أصاب الكوز وكسره سمي كسرا كذلك يجوز أن يكون

(٣٩٠ - تكلمه ثامن) كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركته وبالبطء بالنسبة الى أخرى فكذا هذا الفعل
 يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول وبالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثاني ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة
 لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا امر اذا ترا بين الخطر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقيق الجناية في انسان يخالف اظن
 الجاني يرمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن يرمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذي نحن فيه والرمي بالنسبة الى
 المخالف لهما كالرمي الى معنى وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا لخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه
 ليس بخالف للقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فخرها أو رمى الى شخص
 فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالف من كل وجه

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطأ
 (قوله وهو لا يكون الا امر اذا ترا الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصده مطلقا الى قوله والرمي بالنسبة الى المخالف لهما)
 أقول قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجاني وقوله لهما ناظر الى الظن والقصدي قوله لظن الجاني وفي قوله أو لقصده مطلقا

فصل في ذكر حكم
الفعلين عقيب فعل
واحد في فصل على حدة
رعاية للتناسب (ومن
قطع يد رجل خطأ
ثم قتله عمدا) القطع
والقتل اذا حصل الى
شخص واحد كانا على
وجوه أن يكونا خطيئتين
أو عمدتين أو يكون القتل
خطأ والقطع عمدا أو
بالعكس فذلك بالقسمة
العقلية أربعة ثم ان كل
واحد منهما اما أن يكون
قبيل البرء أو بعده فذلك
ثمانية أوجه وكل ذلك اما
أن يتحقق من شخص
واحد أو شخصين فذلك
ستة عشر وجهاً فان كانا
من شخصين يفعله بكل
واحد منهما موجب فعله
من القصاص وأخذ
الارش مطلقا لان التداخل
انما يكون عند اتحاد المحل
لا غير وان كانا من شخص
واحد فإيجاب موجب
الفعلين أو اهدار أحدهما
مبنى على أصل ذكره
المصنف رحمه الله بقوله

فصل في ذكر حكم
ثم ان كل واحد منهما
أقول أي من الفعلين (قوله
لان التداخل انما يكون
الح) أقول فيه بحث لكن
جوابه ظاهر فان المراد
بالمحل هو مصطلح المتكلمين
وهو القاتل هنا فانه الذي
يقوم به القتل

فصل قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ برأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعاً)

بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى اخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة
بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى
أقول نظره ساقط اذا ظاهر أن ما ذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بمحيثيات انضمام قيود
مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك
الاسامي المختلفة ألا يرى أن الرمي من حيث أنه أصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتل لا يسمى كسرا
وكذا من حيث أنه أصاب حيوانا ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلا واذا انقرر أن
اختلاف تلك الاسامي باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر باختلاف مسميات تلك الاسامي
أيضا فكان مناسباً لما نحن فيه مفيداً له ثم ان قوله وانما الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد فيصير
فعلين متضادين ان أراد به أن الكلام في أن يتعدد الفعل الواحد بمحيثيات الذات بحيث يصير فعلين
مختلفين في الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم إمكان ذلك وان أراد به أن الكلام في أن يتعدد
الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد
الاسامي تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالمحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل
كما عرفت انفا ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة
وهو لا يكون إلا امراد ارباب الخطر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية في
انسان مخالف لظن الجاني كمن رمى الى شيء يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقة صده مطلقا كمن رمى الى
هدف فأصاب انسانا وكذا في نحن فيه والرمي بالنسبة الى المخالف لهما كالرمي لا الى معين وذلك مباح
لا محالة انتهى أقول في تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أول قسده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف
فأصاب انسانا وكذا في نحن فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرمي الى هدف وكذا ما نحن
فيه من قبيل الخطأ في القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطأ في الفعل كما بينا من
قبل

فصل في حكم الفعلين لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين
بعد الواحد كذا في الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الح) أقول
لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم
نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف في الاصل الآتي ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده
في وضع هذه المسئلة مستدر كتمام جوابه وهو أن يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل بوجه
ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشيء بالذات كفي الروايات
يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال في وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم
قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد في المسئلة الاولى
التنبيه من أول الامر على أن تخلل البرء ليس مؤثرا فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد
منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا تخلل ذلك أولى وبهذا يدفع إيهام أن لا يكون الجواب
فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشيء بالذات كراعي ما يدل في الروايات على نفي
الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فيدل
على اشتراك ما عداه معه في الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بالاربع وما نحن فيه من

(والأصل فيه أن الجمع) يعني الاكتفاء بوجوب أحدهما واجب ما أمكن تنمي الأول لأن القتل في الأعم يعني في غالب الأوقات يقع بنسب متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح فيجعل للثاني مثملاً للأول ويجعل الكل واحداً الآن لا يمكن الجمع أما باختلاف الفعلين وصفاً أو موصفاً أو بتخلل البرء فينذر يعطى كل واحد حكم نفسه فإن تخلل البرء فلا جمع أصلاً لأن الفعل الأول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما وإن لم يتخلل وقد اختلفوا في هذا كذا في المسورتين الأوليين وإن تبحرنا خطأ أجمع بالاجتماع لا مكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى (٣٨٣) بديه واحدة وإن تبحرنا أعدا فقد اختلف فيه قال

أبو حنيفة رحمه الله تعالى بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل ولا يقطع وقوله (فإن شاء الإمام قال اقطعه) قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله يشير إلى أن الخيار للإمام عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولي فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فالأجمع يمكن لتخائن الفاعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذراً للاختلاف بين الفعلين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقطع والقطع بالقطع وهو متعذر أولاً لأن الجز يقطع إضافة السرية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتحلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تنمي الأول لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح الآن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد عذر الجمع في هذه الفصول في الأولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتحلل البرء وهو قاطع للسرية حتى لو لم يتخلل وقد تبحرنا بأن كانا خطأين يجمع بالاجتماع لا مكان الجمع واكتفى بديه واحدة (وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام قال اقطعه ثم اقلوه وإن شاء قال اقلوه) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يقتل ولا يقطع يده لأن الجمع يمكن لتخائن الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقطع والقطع بالقطع وهو متعذر أولاً لأن الجز يقطع إضافة السرية إلى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتحلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك في المسئلة الأولى حصل الاستغناء عنه في المسئلة الثانية لاشتراكهما في اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء إلى المسئلة الثالثة والرابعة قيدتهما بتخلل البرء لتخائن الفعلين عمداً وخطأً فيهما فلا بد في الأخذ بالأصريين جميعاً من تخلل البرء في البين (قوله فصار كتحلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضاً بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما إذا كانا خطأين وعلمه بتعليقين بأزاء تعليلي أي حنيفة ما إذا كانا عمدين وتعليقه الثاني وهو قوله ولأن أرش اليمدنا يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دفاعه قطعاً وهو انتقاض قوله فصار كتحلل البرء بما إذا كانا خطأين تأمل تفهيم وقال صاحب معراج الدراية فإن قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغي أن لا يكون للإمام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة المجتهد فيها القاضي يقضي على ما وافق رأيه انتهى أقول في الجواب نظر فإن قول المصنف بعد بيان خيار الإمام وهو هذا عند أبي حنيفة يابى هذا الجواب جداً فإن قضاء القاضي في المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبي حنيفة فقط بل أصحابه أيضاً يقولون به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم إن هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للإمام عند أبي حنيفة وأما إذا كان الخيار للولي عنده كما ذكره شمس الأئمة السرخسي ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فإن شاء الإمام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تشبهه رأس السؤال على الوجه المذكور نعم يريد أن يقال فسمعني قول أبي حنيفة في هذه المسئلة بأن للولي الخيار مع الجزم في المسائل السابقة بأن يؤخذ بالأصريين جميعاً وعلة

ببخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة (قوله وصفاً أو موصفاً) أقول كافي الخلافية فإن موجب القطع العمداً والقتل العمد القتل لأن القصاص يبنى عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبي حنيفة قال المصنف (فإن شاء الإمام قال اقطعه ثم اقلوه) أقول قال الكاكي وقيل معنى ما قال في المتن أن هذا من الإمام اجتهد في محله فعلمه أن يبعثه فيما يقطع الإمام خياره عليه انتهى (قوله في محله) أي محل الاجتهاد لا يرى إلى خلاف الإمامين (قال المصنف فصار كتحلل البرء) أقول منقوض بما إذا كان كلاهما خطأ

فصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولا يبي حنيفه رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فها هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن البذل لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا عفا عن اليد ثم سري واذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لانه هو الموجب للعمد الا أن آثار كناه لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة القود فتجب الدية وقوله (ولان سلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قوله ما فيكون العفو عفوا عن نوعه وفيه نظر فانه منع كون السراية صفة له ويقال سري القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب أن المراد صفة متنوعة وهي ليست كذلك

(٢٨٥)

بل هي مخرجة عن حقيقة ما يقال عصبير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضرب عن قوله نوع من القطع وذلك لان القتل فعل منزه عن الروح ولما انزه عن الروح به عرفنا انه كان قتل لا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً) جواب عن قوله أو القتل اذا سري يريد أن القتل ليس بموجب لقطع من حيث كونه قطعاً لانه اذا سري ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلاً نعم الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافاً الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفواً عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناول

وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناول به بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد الا أن في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو أورثت شبهة وهي دائرة القود ولان سلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعاً لا يتناول العفو بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشبهة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجزأ مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً

بدون الضمان هذا اليه لانه اذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فانه اذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضاً لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع اذا لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجباً للقتل أيضاً تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول وكان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لان الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس الا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجزأ مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافاً) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الاربعة التي هي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسديد لان معنى كلام المصنف ههنا أن محمد ارجحه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسئلة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشبهة لم يكن مذكورياً في كلام محمد في الجامع الصغير قط وانما ذكره في الاسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشبهة والجراحات في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشبهة ثم سري الى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناول كلام محمد في المسئلة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور رد رج العفو عن الشبهة في مضمون

العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقاً والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشبهة والعفو عن الجناية (وفاقاً) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفواً عن الدية بالاتفاق فيلما كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فانه عفواً عن الدية أيضاً (وخلافاً) وهو أيضاً في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقاً عفواً عن الدية عندهما اذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفواً عن أرض اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشبهة عفواً عن الدية اذا سرت عندهما وعند أبي حنيفة عن أرض الشبهة لا غير

(قال المصنف وان السراية صفة له) أقول أي صفة متنوعة فلا يرد عليه شيء (قوله انما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الاظهر أن يقول وهو القصاص

بذلك إطلاقه اذ اذن كان خطأ فهو من الذل وان كان عمداً فهو من جميع المال لان موجب العمد القود وهو يتعاقب بحق الرثة لما لا يس عبال قصاصكم اذا اوصى باعارة أرضه
ذلك كما فعله بجور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه بحري العمد في هذه الوجوه بما يشتمل العقوعن الشجة أيضاً لوجه أن مراد المصنف من هذه الوجوه الثلاثة وهو العقوعن
القطع مطلقاً والعقوعن المقطوع وما يحدث منه والعقوعن الجناية لان هذه الثلاثة هي المذكورة في
مسئلة الجامع الصغير وأما العقوعن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطراداً وبين أن حكمه كحكم
ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير أخذاً بما ذكره في شرح الجامع الصغير (قوله اذن بذلك
الإطلاقه) أي أعلم بذلك إطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يدرجل فعفا المظنوعة يدع
القطع حيث لم يتعرض للمعد ولا للخطا فكان متناولاً لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية
بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير بما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمد أقيد
بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث ونظر الاسلام والصدرا الشهد
وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الإطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية
من الشراح فسألوا ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد
بذليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده العمد لان الدية في الخطا على
العاقلة فلما وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعي القطع
فتدبره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمداً انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم
هذا لا يسمي ولا يغني من جوع اذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان اجراء محمد القطع خطأ بحري
العمد في أحكام هذه الوجوه وفاو خلافاً ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان
الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصاً بصورة العمد فكيف يؤذن بمجرد إطلاق وضع المسئلة باشتراك
نوعي القطع في الحكم اذ لو اذن ذلك باشتراكهم في الحكم لا اذن باشتراكهم في الحكم المستفاد من
الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف اذن بذلك
الإطلاقه فتأمل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية
فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن
المصنف نفي تعلق حق الورثة به لا كونه موروثاً ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق
الخلافه وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضاً أن لا يثبت فيه تعلق حقهم
الابعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعاً بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم
عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق
به لتصرفه فيه فبتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى
أقول في تقرير البحث المذكور خال فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجي
في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القتل ابتداءً لا بطريق الورثة من المقتول عند
أبي حنيفة رحمه الله وأما عند ههنا فيثبت للقتل ابتداءً ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الورثة
منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر تطهير هذا من
صاحب العناية في الفصل السابق و بينت بطلانه هناك أيضاً فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض
فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عندنا ما مننا الا عظم رحمه الله بل سيق الكلام فيه
على وجه يشعر بكونه موروثاً بالاتفاق ألا يرى الى قوله في خاتمه والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

يدع عن الشراح غير من مرض
لعمد وانما طار مع الإطلاق
بأن قوله فعلى القاطع
الدية في ماله ان كان
في العمد لان الدية في
على انه تلة وأجيب بأن
الرضع مطلق لا شدة
والجواب انما هو لاحد
قوعه ونقروا على القاتل
الدية في ماله ان كان
عمداً رقبته (كما اوصى
باعارة أرضه) يعني اذا
تبرع بمنافع أرضه في
مرضه بالعارية وانفع
بها المستعير ثم مات المعب
كان ذلك من جميع المال
لان المنافع ليست بأموال
وفيها بحث من أوجه
الاول أن القصاص موروث
بالاتفاق فكيف لم يتعلق
به حق الورثة الثاني أن
أرضية باعارة أرضه باطلة
وان حجت في حكمه التهاؤ
يسكن الموصى له يوماً
والورثة يورثون ان لم يقبل
التسمة وان قبلها يقر
الثالث لأرضي له والثالث
أن المنافع أموال فكيف
صارت نظير المال ليس بمال
والجواب عن الاول أن
المصنف رحمه الله نفي تعلق
حق الورثة به لا كونه موروثاً
ولا تنافي بينهما لان حق
الورثة انما يثبت بطريق
الخلافه وحكم الخلف
لا يثبت مع وجود الاصل
والقياس في المال أيضاً
أن لا يثبت فيه تعلق حقهم

أغنياء خديرون أن تدعهم حالة تنكفون الناس وتركهم أغنياء إنما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلم يتعلق به
لتصرف فيه فغيرتهم حالة تنكفون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لأن الارث خلافة ذى نسب الميت
الحققي أو الحكمي أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكماء أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه في شرح الرسالة في الفرائض
وهو كما ترى لا ينحصر في المال بل إذا كان حقا قابلا للخلافة يصح أن يكون موروثا ولا شك في قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثاني
بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آتفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال إذا كانت
في عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو أنه (٢٨٧) إذا اعتبر من الثلث كان وصية والقائل من

العاقلة والوصية للقائل
باطلة فيجب أن لا يصح في
حصته وأجيب بأن
المجروح لم يقل أوصيت
لثالث بل الدية وإنما

عنه المال بعد سبب
الوجوب فكان تبرعا مبدءا
ولامانع عنه ألا يرى أنه
لو وهب له شيئا وسلم جاز
قال (وإذا قطعت المرأة يد
رجل الخ) إذا قطعت
المرأة يد رجل فتزوجها على
يده فاما أن تقتصر أو يسرى
فان كان الأول صح
التسمية ويصير الارش وهو
خمس آلاف درهم مهرا
لها بالاجماع سواء كان
القطع عدا أو خطأ وتزوجها
على القطع فقط أو عليه
وما يحدث منه لأنه لم يبرأ
تبين أن موجب الارش
دون القصاص لأنه لا يجري
في الاطراف بين الرجل
والمرأة والارش يصلح صداقا
وان كان الثاني وإليه أشار
بقوله ثم مات فاما أن يكون
القطع خطأ أو عدا فان

أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها
على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلة الدية ان كان خطأ وان كان عدا ففي مالها) وهذا عند أبي
حنيفة لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا
على ما يحدث منه ثم القطع إذا كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال
فلا يصلح مهرا

امكنه موروث (قوله أما الخطأ فوجه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال بجمهور الشراح
فان قيل القائل واحد لمن العاقلة فكيف يجوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح في نصيب الذائل
أيضا مع أن الوصية لا تصح للقائل قلنا إنما يجوز ذلك لأن المجروح لم يقل أوصيت لثالث بل الدية وإنما
عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبدءا وذلك جاز للقائل ألا ترى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز
انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز بأن قال فيه بحث
لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة
في المرض في حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد محذور الوصية في المرض
عقد مدع على الموت كما صرحوا به وان أراد أنها في حكم الوصية في بعض الوجوه ككونها معتبرة من
الثالث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقائل كعدم صحة وصيته له فلا يجدي
قدحا فيما ذكره الشراح في تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عدا يكون هذا تزوجا على القصاص
في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجري بين الرجل
والمرأة في الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصل في العدا القصاص
قضية لا طلاق وقوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفي
الرجل والمرأة انتهى أقول في الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص المثل ما نحن
فيه ممنوع فان القصاص ينشأ عن المماثلة وما لا يمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا
قطع رجل يد رجل عدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف
هذا المعنى في أول باب القصاص فيمدون النفس بصددا الاستبدال بقوله تعالى والجروح قصاص على
وجوب القصاص في قطع يد غيره عدا من المفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة في
الاطراف فلا يسد رج في قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينقض الجواب المذكور
عما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير أرش اليد
وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح فاطبة في أول هذه المسئلة وعزاه جماعة

كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثاني فلها ذلك والدية في مالها عند أبي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد إذا لم يكن
عفو عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما علم مما يحدث منه ثم القطع
إذا كان عدا كان التزوج تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

(قوله ألا يرى أنه لو وهب له شيئا وسلم جاز) أقول وفيه بحث لأن الهبة في المرض في حكم الوصية على ما سيجي في كتاب الوصية (قوله
لأنه لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول يخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف
تأمل (قوله وان كان الثاني فلها ذلك) أقول يعني فلها مهر المثل

لا سيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهر ا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط
هنا ما يقبلها الزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلو قبلت سقط واما باعتبار تعدد الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل
له اولية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة
دينار وهو معلوم فما المانع ان يكون (٣٨٨) هو المهر ا يجب بان ليس بمعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون

لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليه الدية في مالها لان الزوج وان كان يتضمن العقر
على ما تبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سري تبين انه
قتل النفس ولم يتناول العفو فوجب الدية وتجب في مالها لانه عمد والقيام ان يجب القصاص
على ما بيناه

منهم الى الامام قاضيان والامام المحبوبي وقالوا اشارة الى المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصل
هو القصاص في العمد الواقع بين اطراف الرجل والمرأة ايضا لزم ان يكون الزوج في صورة الاقتصار
ايضا تزوجا على القصاص فلزم ان لا يتم ما صرحوا به من صحة التسمية ولزوم المهر اليها بالاجماع
في تلك الصورة كما لا يخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب في الاطراف بين
الرجل والمرأة هو الارش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع ان يكون هو المهر قلنا ارش
اليدين بمعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون محجوا ولا فيجب مهر المثل انتهى اقول في
جواب هذا السؤال ايضا انظر فانه ينتقض ايضا فاعلم الزوج على يده في صورة الاقتصار فان ارش العمد
يصير مهرها هنالك بالاجماع كما صرحوا به مع تحق الجاهالة الناشئة من عدم تعيين ارش اليد هنالك
ايضا ثم اقول لو قال المصنف في تعليل صورة العمد ايضا من مسئلته اهذه مثل ما قاله في صورة الخطأ منها
من انه يكون هذا تزوجا على ارش اليد اذ القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة في العمد
ايضا عندنا واذا سري الى النفس تبين انه لا ارش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان
سالماعن ان رد عليه السؤال ان المذكور ان لم يحتج الى جوابه ما المذكورين في الشروح المختارين
كما بيناه آنفا (قوله واذا سري تبين انه قتل النفس ولم يتناول العفو فيجب الدية) قال في النهاية فان قلت لم
يجب القصاص ههنا على المرأة مع ان القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر ان الواجب
هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لا يصلح مهر لانه ليس بمال والمهر يجب ان
يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجا ولم يذ كر شيئا وفيه القصاص فكذا هنا قلت
نعم كذلك الا انه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة
القصاص اغناهاستوفي عن نفسها بنفسها وذلك محال لان الانسان لا يتمكن من الاستيفاء عن نفسه
لنفسه لان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون مطالبا للقصاص ومطالبة فسقط القصاص لاستحالة
الاستيفاء ولما سقط القصاص بقي السكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى اقول
لا السؤال شيء والالجواب اما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول
المصنف والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه فانه اشارة الى ما ذكره فيما قبل من ان وجوب الدية
ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو ورثت شبهة وهي دارثة للقول فلم يبق
محل للسؤال عن اية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثاني فلان القصاص الذي جعل
مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة اغناها هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف
فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف واذا سري تبين انه قتل النفس فلم يتناول ولاية المرأة

تيسر ولا وانذا لم يصلح
القصاص ولا بدله مهرا
يجب مهر المثل وعليه الدية
في مالها فان قيل قبول
الزوج يتضمن العفو
والعفو لا يتضمن فلا يجب
عليها ادية اشارة الى الجواب
بقوله (لان الزوج وان
كان يتضمن العفو ولكن)
فيما نحن فيه يتضمن العفو
(عن القصاص في الطرف
واذا سري تبين انه قتل
والعفو لم يتعرض لذلك
فوجب الدية في مالها لانه
عمد) والعاقلة لا تحمل العمد
(والقياس ان يجب القصاص
على ما بيناه) يزيد به قوله
لانه هو الموجب للعمد
(قال المصنف لا سيما على
تقدير السقوط فيجب
مهر المثل وعليه الدية في
مالها) اقول فانه لما مات
المقطوع يده بالمرأة سقط
قصاص الطرف وبدله
ايضا وهو الارش فان القطع
كان قتلا فيجب جزاء القتل
لا القصاص فوجب قصاص
النفس ولعل هذا هو الوجه
في توجيه كلام المصنف وبه
تندفع الشكوك والاوهام
في هذا المقام (قوله

والقصاص سقط ههنا ما يقبلها الزوج الخ) اقول بل السقوط ههنا عود المقطوع يده حيث تبين ان لا قطع على
القاطع لكونه قابلا ولا يجب بدله ايضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسه) اقول الظاهر ان
يقول عن نفسها (قوله ا يجب بان ليس بمعين لجواز ان يكون خمسة آلاف درهم فيكون محجولا) اقول بخالف لما سري آنفا من قوله
وبصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرها بالاجماع ثم الجاهالة لا تمنع فيما سقط لانها لا تنفض الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما سري

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطا والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجنابة ثم مات من ذلك والقطع عد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهر فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خير أو خسر ولا شيء له عليها لانه لما جعل القصاص مهر افقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محابة فيه يكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فن المحال أن ترجع عليهم عوجب جنابتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

لله التي ذكرها المصنف في عدم تناوله العنوا الذي تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغاما ذكر في الجواب المزبور اذ لم يجعل حدودا لاستيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاءها القصاص عن نفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المثل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أي والعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول في التفسير الثاني خلل فان المصنف فصل فيما به دخل الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول الام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما في ما بعد فان ما يكون وصية لهم في الصورة الاولى منهم ما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب العناية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أي قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مال هذا أيضا ما ذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغيرة في التفسير الثاني فانه لما بين الميت في قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تبين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ما ذكره من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول في كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه للعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين اللتين في التفسيرين معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور في افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوي الرشاد فالاولى في شرح المقام ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال وفي الخطا رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقي وصية لهم فان خرج من الثلث تسقط والاسقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساوبا) وان لم يتساوا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرض اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرض لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة في الخطا والمهر لها ما خلف ذمة من له ذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شيء عليها) أي لادية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أي قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أي للعاقلة (ثلث ما ترك) أي ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيهان في شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان له مؤجلة ومهر المثل حال واذا حصل الاجل تقع المقاصة انتهى

وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والآن لقول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقصص له من اليد) كلامه واضح ولم يذ كر ماذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الآية على عاقلة المستص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا اقطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجعا فهنا اليد وانما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهد الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما حكي بناء على أنهم ما أوجبوا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقييد بهما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فالاتفق في الجواب على حاله (قوله وانما حكي بناء على أنهم ما أوجبوا له قتل النفس)

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقصص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمدا وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما ورده ونحن نقول انما أقدم على القطع ظننا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلا يكن ميرثا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يده فانه عفو وقد قضى له بالقصاص أو لم يقص فعلى قاطع اليد عند أبي حنيفة وقال الاشئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لم يعف لا يضمنه وكذا اذا أسرى ومبارأ أو ما عفا وما أسرى أو قطع ثم حرقته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا اقطع وابانة وكان القيام أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تعاروا اذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيئا في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذاك بشئ اذا لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف هما ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاو خلافا وكذا بما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقصص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية يزيد كرما اذا مات المقتص منه من النطق وحكمه الآية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لأشئ عليه على ما سيجي وانتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام حال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه تزد كرتك الصورة مع كون ذكرا أيضا بما هم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذه المصنف بانه لم يزد كرتك الصورة هنا مع كون حقه أن تزد كرها فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنهما وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم ذلك الصورة أيضا دون مؤاخذه المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجي عمدا ولا ومدا في لغو بيان ذلك الشارح أباه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظننا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلا يكن ميرثا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكن في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلق فتواتر الى المقدمة القائلة انه لا يكون ميرثا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وذلك يبرئ القاطع عن النسيان فينحذف السبابة بعد عدة الضمان عليه فصار كالشهادة على رجل أنه أبرأ غيره عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال في الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضم في الحال وقوله (وملاك القصاص في النفس ضروري) جواب عن قولهم أنه استوفى حقه يعني لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوت مسع المنافي وهو الحرية كما مر بحيث لا يظهر الا في هذه الاحوال الثلاثة وهي استيلاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف في القاتل بغيرها والقاطع مقصودا غير ما فيه كون تصرف في غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب لضممان وقوله (فاما قبل ذلك) يعني قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعني ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعف) (٢٩٤)

أو ما عفى وما سرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعني فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قوله ما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ قائم تبراها بالفرق وأما صاحب الاسرار فنفه وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أي القاضي اذا قطع يد السارق فقات من ذلك فإنه لا شيء علمه وقوله (والأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدي ففعل غير من شأنه على القاطع

وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فاما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وما سرى فلما انما يتبين كونه قطع باغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حرز قبه قبل البرء فهو واستيفاء ولو حرز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قيا بما بالكف فالكف تابعة لها غرض ان لا يخلو الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجهه قال (ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقال لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القاطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذا احتراز عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام والبراغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا الواقع ظاهرا كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل الاله مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة فقيما نحن فيه يكون البراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضي الفراغ مما وراءه رأس الجواز أن يستوفي القتل أيضا بعد القطع كمن له القود يستوفي طرف من عليه القود ثم يقاتله فتحقق شبهة ثم ان الفراغ مما وراء القطع لا يقتضي البراء عنه أيضا الجواز أن يفرغ منه ظاهرا أن حقه في القطع لا يبرأ مما وراءه فتحقق شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هنا مقرر لاشبهة فيه وانما باقية شبهة أن يكون العفو عن القطع عفا عن القتل فاعتبرت في سقوط القود بها لكون الشبهة دارئة له فافترا تأمل فان هذا معني عميق وفرق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما في غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو الأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدي ففعل فسرى الى النفس فقات كما صرح به في الكافي وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما في غيره منها فان العقدا انما يتحقق في البراغ والحجام منها دون الأمور بقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (في مجرى العادة) يعني أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكلف فيها) أي في المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فإنه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر في غير الامام من المسائل يعني البراغ والحجام فان الفعل يجب عليه ما بعد الاجارة

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعه ما قبل البرء اما اذا كان بعده ينبغي أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبي حنيفة على أن أقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقا أو بعد البرء والثاني باطل وفي الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن في الحال كما لا يخفى قال المصنف وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه أقول فيكون عفو لغو الاستيفاء حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أي حال القطع ثم اعلم أن ضميره يرجع الى قوله قبل التصرف

(وارا حجات لا تتبدل بوصف السلامة كلزى الى المرمى وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لا وجوب ولا التزام) اذ العفو مندوب اليه
 قال الله تعالى وان تمسوا الارض كلها وارضاءكم فيكون من باب الاطلاق أى الاباحة فاشبهه الاصطلاح بالارضى الى صيد قاصاب انسانا فمن
 كذا صيد وطير بالاسرى بين شدا وير المستأجر والمستعير ومه لم ضرب الصبي باذن الأب فقات وقاطع يدحربى أو مريد أسلم
 بعد ما تشيع ثله لا يجب على المستأجر والمستعير لاركو ب اذ انقفت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وهو لا يجب اذا سرى
 وأجيب بن فى الثلاثة الاولى حصل (٢٩٢) سب الهلاك بالاذن فينتقل الفل على الى الاذن ولأهلك المالك دابته

والراجحيات لا تتبدل بوصف السلامة كلزى الى المرمى وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب
 الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبهه الاصطلاح

باب الشهادة فى القتل

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البيعة)
 عند أبي حنيفة وقال لا يعيد (وان كان خطأ لم يعد لها بالاجماع) وكذلك الذين يكون لا ييم ماعلى آخر
 تلك المسائل أيضا ولا يجزى التشبث بالغلب نفعنا لان قوله بعده والواجبات لا تقيد بوصف
 السلامة لا يمتشى فى ذلك المسئلة اذ لا يجب على المأمور بالقطع بل عوتبر منه كما لا يخفى فيلزم أن
 يكون الدليل المذكور فى الكتاب قاصرا عن افادة الفرق فى حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق فى
 حقها أيضا بأن يقال لما فصل المأمور بالقطع باذن الأمر انتقل حكم الفعل الى الأمر فصار كما لو قطع
 بنفسه وفى ذلك لضمان لكن الكلام فى قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام الأمر وهذا مما
 لا ريب فيه

باب الشهادة فى القتل

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أو ردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشيء كان
 أدنى درجة من نفس ذلك الشيء (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البيعة على
 القتل ثم قدم الغائب فإنه يعيد البيعة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يعيد) قال فى العناية والاصل
 ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لأبي حنيفة تسلك بجهة
 العفو من الوارث حال حياة المورث استحسنانا كما أنه ليس لهم اذ لك بجهة العفو من المورث المجرور
 استحسنانا لئلا تدفع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسك به لا ينتهض حجة على أبي حنيفة وما تمسك به
 ينتهض حجة عليهم ما فكيف يتحقق التدافع بين ذيل التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا
 للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لا يثبت الا بعد الموت والميت ليس من
 أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفي ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا
 عنده باعتبار ائقعة دسيه الذى هو الجناية فى حق المورث وقد صرح به فى كثير من الشروح فأبو
 حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باستتراط إعادة البيعة اذا حضر
 الغائب احتياالا للدعوى وراعى فى مسئلة العفو من المورث المجرور حجة كونه حقا للمورث فقال بجهة

لم يجب عليه شيء وكذا
 اذا أذن سب الهلاك
 والاب اذا قتل ابنه وجب
 عليه ان يدفع كذا ههنا
 بخلاف المقتضى له فإنه
 يقطع بالملك دون المذن
 ولما قطع ويرى كان القطع
 قتل ولا وليس له ملك القتل
 فكان نصرنا فى غير ذلك
 وهو يوجب الضمان وأما
 الرابع فلان النطق مع
 السراية يصير قتلان
 الابتداء ولو قتل ابتداء
 وقع القتل قبل الاسلام
 فى مباح الدم وذلك
 لا يوجب الضمان فكذا
 اذا صار قتلان الابتداء
 لانه مستند الى ابتداء
 القطع

باب الشهادة فى القتل

القتل بعد تحققه رعا
 يحتاج فيحتاج من له
 القصاص الى اثباته بالبيعة
 فبين الشهادة فيه فى باب
 على حدة (ومن قتل وله
 ابنان حاضر وغائب فأقام
 الحاضر البيعة على القتل

لها

ثم قدم الغائب فإنه يعيد البيعة عند أبي حنيفة وقال لا يعيد وان كان خطأ لا يعيد بالاجماع
 وكذلك الذين يكون لا ييم ماعلى آخر

(قوله أو مريد أسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لا يجب ومعناه
 لا يجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولا يجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتضى له فإنه يقطع بالملك) أقول وكذلك
 القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير على كان المنفعة كالمالك دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حتى الورثة عند موته حتى المورث عندهما وليس لابي حنيفة تمسك بحكمة العقوم من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما انه ليس له ما ذلك بحكمة العقوم من المورث المخرج استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلا ينقل لغيره بعد وأما من جهة الوارث فلو تزوج قبل ثبوت نسبه ووجه الاستحسان أن السبب قد تمتدق فصح من كل منهما لذلك وإذا نظرت ذلك فظهر وجه قولهم ما أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصم ساعن الباقيين واستدل لهم على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون المالك فيه لمن له المالك في المعروض كافي الدية ولهذا لا يوجب ما لا يكون الميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولا يوجب حنيفة أن طريقه طريق الوراثة وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء كالعمد إذا اتهم فانه يثبت للملك للمولى ابتداء بطريق الخلاف لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت للملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل الملك في الاموال كما إذا نصب شبكة فتمعلق بها صيد بعد موته فانه عليه كما وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصم ساعن الباقيين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا النسب لا يوجب اعدا الفتنة فان المحل مما لا شبهة فيه مجال وقوله (فان أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لانهم ما يجران) تعليل لقوله فشهدا ثم ما باطلا وتعليل قوله وهو عفو ومنهما لم يذكروه وهو ما قال الامام (٣٩٣) المحبوبي لانهم ما زعموا أن القردة دستقط وزعمهم - مامعة تبر في حقهما

اهما في الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لأنه عوض عن نفسه فيكون المالك فيه لمن له المالك في المعروض كافي الدية ولهذا لا يوجب ما لا يكون الميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولا يوجب حنيفة أن طريقه طريق الوراثة وهو أن يثبت لمن يحلف ابتداء كالعمد إذا اتهم فانه يثبت للملك للمولى ابتداء بطريق الخلاف لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت للملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لأنه) أي الميت من أهل الملك في الاموال كما إذا نصب شبكة فتمعلق بها صيد بعد موته فانه عليه كما وإذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصم ساعن الباقيين فيعيد البينة بعد حضوره (فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا قال الشاهد خصم ويسقط القصاص) لأنه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص إلى مال ولا يمكنه اثباته الا بالاثبات العقوم من الغائب فينتصب الحاضر خصم ساعن الغائب (وكذلك عبد بن رجاء قتل عدوا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهدا ثمانية منهم على الآخر أنه قد عفا فشهدا ثم ما باطلا وهو عفو ومنهما) لانهم ما يجران بشهادتهما إلى أنفسهما مغمما وهو انقلاب النود مالا

العفو منه احتمالا لا لدرا أيضا وأما عندهم ما فاقصاص حتى ثابت للمورث ابتداء عن كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته إلى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فينتجه عليهم ما مؤاخذة لصحة العقوم

(قال المصنف له - ما في الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول في شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد له ما أن القصاص يسير فمما لا يقول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب في القصاص والمرأة لاتملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة ثم في الدين لاتعاد البينة كذا هذا ولا يوجب حنيفة بلى ولكن فيه

شبهة ثبوت لهم ابتداء لان الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ولو ثبت لهم ابتداء تعدله البينة فكذلك اذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغي أن يحمل كلام المصنف يعني أن القصاص فيه شبهة تكون طريقه الخلافية دون الوراثة فحينئذ تدفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفي شرح الامام الترمذاني ولا يوجب حنيفة رجة الله أن في القصاص شبهة ثبوت ابتداء لانهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فانه لا يقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصم ساعن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لأنه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل إلى الوارث وكذلك انقلاب القصاص مالا كان حقا للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أباح حنيفة رجة الله تعالى تارة يعبر الوراثة اذا كان في اعتباره نفع في سقوط القصاص وتارة يعبر شبهة الخلافية اذا كان النفع في اعتباره وفي غاية البيان ولا يوجب حنيفة أن القصاص حتى الميت من وجهه وحق الوراثة ابتداء من وجهه وذلك لأنه شرع للنسبي ودرك الثأر وهذا حق الوراثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حتى للميت ولهذا لا يوجب ما لا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه إلى آخر ما ذكره قال الامام الزبلي في قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا انص على أن القصاص ثبت للمورث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهم ما ذلك) أقول يعني ليس لهم ما تمسك كأبي حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابي حنيفة تمسك وأقوله كما أنه ليس لهم ما ذلك الخ يعني للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لأنه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعني الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد منهما من مراجعة التمرثاني

[illegible][illegible]

وانا شهد الشهود انهم قد
قال المصنف ومعناه اذا كذب
في بعض النسخ ومعناه اذا كذب
على قوله صدقهما التاليل
له اثبات الهدية دون والى آخر تدبر

وإن أشهد الشهود أنه ضرب به صورة المسئلة نظائره وقوله (وإن كان عددا) أقول المصنف احتريزه عن الخطأ وتاويله
قال المصنف ومعناه إذا كذبهم القاتل أيضا) أقول قال الاتقاني فعلى هذا يكون تقدير قوله وإن كذبهم ما أى المشهود عليه
في بعض النسخ ومعناه إذا كذبهم المشهود عليه أيضا وهو أصح أنتمى وجه الأصحية بنحو مساق الكلام عن النسخة الأولى فانه عطف
على قوله صدقهما التاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالمفهوم هنا يكون ذلك وأيضا ينبغي أن يقال حينئذ
له ثبات الديونة دون ولا آخر تدبر (قوله وفي بعض النسخ إلى قوله وصار الأتف لفلان كذا هذا) أقول إلى هنا ما في بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قبل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا (٣٩٥) أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه

قصد ضرب به لانه لو كان خطأ لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح قال (واذا اختلف شاهد القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاو شبه العمد ويختلف أحكامهما فيكون على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعضا وقال الآخر لا أدري بأي شيء قتله فهو باطل) لان المطلق يغاير المقيّد قال (وان شهدا أنه قتله وقال لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسنانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجعل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه

فما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيّدان متوابع بمعونة المقام ومراعاة على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذب المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح) قال في الكفاية وانما أول لتسكون المسئلة فجمع عليها وقال في معراج الدرية تفلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قوله ما فهو محجور على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الا لة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضرب به لانه لو كان خطأ لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضرب به عمدا لا فيما اذا طاقوا ضرب به ولم يقيّدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شرح الكتاب فانه صرح في أن تصرّح الشهود بذكر العمد ليس بالازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد بذلك بل كان معتزفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاو شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالة لغير القتل بالة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل أما كونه أجمل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير مختصر في الاختلاف فيما وجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولا يحمّل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه) فيه صنعة التجنيس

فيما قبل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيّدان متوابع بمعونة المقام ومراعاة على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذب ما اذا كذب المشهود عليه أيضا أي مع القاتل حينئذ ينظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب به شيء جارح) قال في الكفاية وانما أول لتسكون المسئلة فجمع عليها وقال في معراج الدرية تفلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قوله ما فهو محجور على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الا لة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضرب به بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضرب به لانه لو كان خطأ لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضرب به وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار إليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احتراز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضرب به عمدا لا فيما اذا طاقوا ضرب به ولم يقيّدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شرح الكتاب فانه صرح في أن تصرّح الشهود بذكر العمد ليس بالازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد بذلك بل كان معتزفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاو شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بالة لغير القتل بالة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل أما كونه أجمل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير مختصر في الاختلاف فيما وجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضرب به بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولا يحمّل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ستراعليه) فيه صنعة التجنيس

شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فذلك لانهم صاروا فاسقة ووجه ذلك (قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره الحبيب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا للاحتراز عن الخطأ مما يعد لغوا بل خطأ لا يمه خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم في نفي العلم بظاهر ما ورد باطلا في اصلاح ذات البين وهذا في معناه

التام كما في قوله تعالى ويوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجال الاول ههنا يعني
الايهام والثاني يعني الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثير من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما
يرد على وجه الاستحسان وهو ان يقال الشهود في قولهم لا ندري باي شيء قتله اما صادقون او كاذبون
وعلى كلا التقديرين ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف
موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فاسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال في جوابه انهم جعلوا
عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندري اختاروا حسيبة الستر على القاتل واحسنوا اليه بالاحياء
وجعل كذبهم هذا معقرا عند الله تعالى لما جاء في الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبأويلهم
كذبهم هذا لم يكونوا فاسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ما ورد باطلا في
ظاهر ما ورد بتجوز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظرا لا ورودا لانه كرهه على وجه الاستحسان
اصلا حتى يرتكب المصنف ادفعه هذا المضي وذلك لان ما ذكره من الهدور في صورة ان صدق
الشهود وهو بعينه ما ذكره المصنف في وجه القياس في هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه في وجه
الاستحسان الذي ذكره من قبل توضيحه هو انه لم تكن شهادة واحد منهم بالقول بالآلة وشهادة الآخر
منهم بالقتل بالآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم في الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة
بل كانت شهادة كل واحد منهم يقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف في أصول
الفقه فحصل على الأقل المتيقن فيجب أقل موجبه وهو الالوية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا
يتوجه ان يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وايضا
قول المصنف في ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك بأي كون مراده بكلامه هذا هو الجواب
عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار انهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على
تأويلهم كذبهم بما ورد في الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذلك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك
بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم ان يكون لغوامن الكلام والحق عندي ان قول
المصنف ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقرره ونظمية له المقام بأدنى
تأمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس في هذه المسئلة المذكورة في الكافي وغيره
وهو ان الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا في معناه) قال جمهور
الشراح أي ستر الشاهد على المشهود عليه في معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا
كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنا ورودا ههنا انتهى أقول فيه بحث لان
المنسوب اليه في باب القتل اعما وعفو أو ايماء القتل دون عفو الشهود وكيف ولو كان العفو حق الشهود
مكان الافضل لهم أن لا يشهدوا رأيا يتعلق بالقتل كما في الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على
ارتكابهم الكذب في شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب
الكذب فيرخص الكذب هنالك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والافهو تولي الجواب حيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والظاهر أن يقول
بجامع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة
مندوب اليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل يجازح عدم الكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل
اصلا فلا يوجد ما يستوعق ارتكابهم الكذب في طريق شهادتهم المذكورة ههنا ثم ان ورود هذا على ما عده
أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوب اليه لكان الافضل للشهود أن يستروا طرانا لا يشهدوا

أنهم جعلوا عالمين بانه قتله
بالسيف لكنهم بقولهم
لا ندري اختاروا حسيبة الستر
على القاتل واحسنوا اليه
بالاحياء وجعل كذبهم هذا
معقرا عند الله لما جاء في
الحديث ليس كذاب من
يصلح بين اثنين فبأويلهم
كذبهم هذا لم يكونوا فاسقة
فتقبل شهادتهم وهو معنى
قوله (وأولوا كذبهم بظاهر
ما ورد باطلا في أي بتجوز
الكذب وقوله) وهذا في
معناه أي ستر الشاهد على
المشهود عليه في معنى اصلاح
ذات البين بجامع أن العفو
مندوب اليه ههنا كما أن
الاصلاح مندوب اليه
هنالك فكان ورود الحديث
هنالك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو
مندوب اليه ههنا الخ)
أقول ينبغي أن يكون المراد
بالعفو درء القصاص والا
فهو تولي الجواب حيث
لا وجوب للقصاص لا عفو
منه ويمكن أن يقرر هذا
البحث بوجه آخر أن يقال
انه لا يكذب للعفو لانه فرع
وجوب القصاص والظاهر
أن يقول بجامع أن الستر
مندوب اليه أو يقال هذا
اصلاح معنى حيث يخلصه
بهذا الكذب عن القتل
الذي لا مضرة فوقه وأي
اصلاح يهادله وأنت خير
اذا قيل مراده من العفو
الدرء لا بدفع المحدث

وقوله (فلا يثبت الاختلاف بالشك) يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا (٢٩٧) واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك

والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مسئلتان منها على أن تكذيب المقر له لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بألف درهم

وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقد بقوله في بعض ما أقر به لانه اذا كذبه في كل ما أقر به بطل الاقرار لانه رد لا قراره وعلى هذا الوفاي المقر له بدل قوله قتلتماء صدقتم لم يكن له أن يقتل واحدا منهم لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهم ومعناه أنت قتلت وحده وفي ذلك تكذيب الاخر في الجميع وهو تكذيب لهما

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رعى مسلما فارتد المري اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراعي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الأصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماء جميعا فله أن يقتلهمما وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماء جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل قال (ومن رعى مسلما فارتد المري اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الراعي الدية عند أبي حنيفة بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهم بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما بالاتلاف بعض النفس والقصاص يجب بالاتلاف البعض كما يجب بالاتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهمما وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما ما بالقتل صدق الولي بقوله قتلتماء كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذنبك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعماء وبنيا عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الأصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص بالاتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانشراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماء جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فلا يولى أن يقتلهمما جميعا وان رد انفراد كل واحد منهم بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا حيث يقتض من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

باب في اعتبار حالة القتل لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح (٣٨ - تكملة ثامن)

وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالغصب منه اذا أعتق المغصوب فانه صار ميراثا للغاصب عن الضمان باعتقاط حقه وصار ميراثا (كما اذا أبرأه) أى الراعى عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرى قبل أن يصبه السهم (ولابى حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرى اذا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيه تعتبر حالة الرى والمرعى اليه قيمته المتقوم) واستوضح اعتبار وقت الرى بما اذا رى صيدا ثم ارتد والعائد بآلته ثم أصاب فان رده بعد الرى لا تحرم لان فعله ذلك شرعا وقد تم موجب الحل بشرطه وهو التسليم وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لا مكان اعتبار وقت الاصابة هناك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجب الدية) أى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شيء فى قولهم جميعا (وكذا اذا رى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك) ونقض بما اذا رى الى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فقات وجب الجزاء على الراعى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة الحرم وإشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

(قال المصنف وقال لا شيء عليه) أقول قال السكاكى وبه قالت الاثنية الثلاثة لان التلف حصل فى محل لا عصمة له فيكون هدر كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكلا أبرأه بعد (٣٩٨) الجرح أى عن الجناية أو حقه وكلا أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم

وقال لا شيء عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للراعى عن موجب كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرى اذا فعل منه بعده فمعتبر حالة الرى والمرعى اليه فيه المتقوم وله - ذاتعتبر حالة الرى فى حق الحل حتى لا يحرم ردة الراعى بعد الرى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة ووجب الدية (ولورى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رى حربيا فأسلم) لان الرى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا للصيرورته متقوما بعد ذلك

وكلا أعتق المالك العبد المغصوب يصير ميراثا للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الاسلام انتهى وفى شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعقيق لا باعتبار أنه صار ميراثا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا) أقول قال الاتقاني

(قوله وقال لا شيء عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون ميراثا للراعى عن موجب) قال فى العناية الا أن أباحنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار ميراثا عن ضمان الجناية غير صحيح لان فى اعتقاد المرتدان الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميراثا عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والترمذى والمحبووى انتهى أقول لهما أن يقولوا فى الجواب عنه اننا لا نريد بالبراءة فى قولنا انه بالارتداد صار ميراثا حقيقة الا براء بل نريد بذلك ابراء الحكى لانه بالارتداد له أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له فى الشرع فصار فعله فى حكم ابراء شرعا سواء طابق اعتقاده ميراثا) أقول قال الاتقاني

هذا لا يصح لان عنده يعنى عند المرتدان الردة لا تبطل التقوم وكيف يكون ميراثا عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيخان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أى بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالبراءة العفو لكن الاول أنسب للقسام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لانفس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيسا عليه لصورة النزاع بخلاف ما فى دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرى قبل أن يصبه السهم) أقول فيه شيء (قال المصنف ولورى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه فى قولهم جميعا) أقول قال السكاكى فى معراج الدراية أى فى قول أصحابنا وقال الشافعى وأحمد يجب عليه فى المرتد والحربى اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذا رى سبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كالوحفر بئر الحربى فوقع فيها بعد اسلامه وقتلنا ان الرى لم ينعد موجبا للضمان لان المرعى غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصابنا اعتبارا وحالة الرى كما فى هذه المسئلة وكذا مسألة الرجم على ما سيجىء وكذا فى مسألة الذمى ثم تجس وكذا فى مسألة الحرم الا أنهم ما يقولون فى مسألة رعى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير ميراثا للراعى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد ميراثا والبراءة انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير ميراثا لان عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير ميراثا عن الضمان كذا فى جامع قاضيخان والترمذى والمحبووى الى هنا كلام العلامة السكاكى الا أن قول المصنف فيه تعتبر حالة الرى ينبوع عن ذلك بعض نبوة

(وان رمى عبدا فاعته مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته من ميا
الى غير رمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمي ألف درهم وبعده ثمانمائة درهم لزمه ما تندرهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق
لان المستحق حال ابتداء الجناية للمولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار (٢٩٩) العتق بمنزلة البراء كما اذا قطع يد عبد

أو جرحه ثم أعتقه - المولى
ثم سري فان العتق يقطع
السراية حتى لا يجب بعد
العتق شيء من الدية والقيمة
وانما يضمن النقصان واذا
انقطعت السراية بقي مجرد
الرمي وهي جناية تنتقص
بها قيمة المرمي اليه بالاضافة
الى ما قبل الرمي فيجب ذلك
أي فضل ما بين قيمته من ميا
الى غير رمى وله ما أنه
يصير قاتلا الى آخر ما في
الكتاب وهو وظاهر على
مذهب أبي حنيفة وأبي
يوسف يحتاج الى الفرق
بين هذه وبين ما اذا رمى
مسلمًا فارتد والعياذ بالله
قبل الاصابة حيث اعتبر
هناك حالة الاصابة وههنا
حالة الرمي وهو أن المرمي
اليه خرج بالارتداد من أن
يكون معصوما والضمان
يعتمد العصمة فلا يجب
الضمان بالمنافي وأما
الاعتاق فانه لا ينافي العصمة
فيجب عليه ضمان قيمته
للمولى ومن هذا يعلم أن
أبا يوسف يعتبر وقت الرمي
الافي صورة الارتداد (وقوله
بخلاف القطع والجرح)
جواب عما ذكرنا لمحمد من
صورة الجرح والقطع

قال (وان رمى عبدا فاعته مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد
عليه فضل ما بين قيمته من ميا الى غير رمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع
للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي
فيجب ذلك وله ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو عموك في تلك الحالة فيجب قيمته
بخلاف القطع والجرح لانه انلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعده السراية ولو وجب شيء
لوجب له بعد فتصير النهاية بخلافه للبدية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا لارامى عن موجهه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم
نفسه بوى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رجحه ما الله) قلت لعل وجه عدول
المصنف ههنا عن البحر بالمألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد في نظائره
بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رجحه الله هو أن كون أبي
يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي
يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في هذه المسئلة وذكر في الاسلام البزدوى في شرحه قوله مع أبي
حنيفة كما بين في غاية البيان فلو قال المصنف في أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه
اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف في نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان
المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله وله ما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو عموك
في تلك الحالة فيجب قيمته) قال الشراح مر أبو حنيفة في هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه
وبين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمي اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما صار مبرئا عن الجناية
اذا الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافي العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى
انتهى أقول في وجه الفرق نظرا لان الاعتاق وان لم ينافي العصمة الا أنه ينافي كون المحل مالا متقوما
فينبغي أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمي اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان
القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط
حقه في قيمته ألا يرى أن المصنوب منه اذا عتق العبد المصنوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط
حقه بالاجاع كما صرحوا به فلم يكن الا امر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق
المرجوع من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الافي صورة الارتداد انتهى
أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهرا الفساد اذ لم يعتبر أبو يوسف وقت الرمي في صورة الارتداد
لما صرح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الراء انما يصح بعد انعقاد السبب بخلاف
لما صرح به كبار المشايخ في شروح الجامع الصغير كما ذكر في النهاية ومعراج الدراية فانه قال في النهاية
وهما يقولان بقول أبي حنيفة في أن المعتبر حالة الرمي ولهذا وافقاه في هذه المسائل يعني المسائل الآتية
في الكتاب ونظائرها الا أن المرمي اليه في مسئلتنا لم يرتد صار مبرئا للسراية عن الدية باخراجه نفسه
من أن يكون معصوما وفعله معتبر في اسقاط حقه كما اذا أبرأ المصنوب منه الغاصب باعتاق المصنوب
على ما ذكرنا الا أن أبا حنيفة يقول ان قوله ما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

استشهدا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيه ما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل
المحل ولا نسلم بحقه في التنازع فيه

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمي الافي صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرمي فيه لكنه يقول صار
بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمي فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الأبراء بعد تحقق السبب وانعقاده

لان الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم اثر منه في المحل وانما نقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابداء فوجب قيمته للولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة (٣٠٠) يعنى ويقول بالدية نظر الى حالة الاصابة فالجحة عليه ما حقه قتله والباقي ظاهر الخ

والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الديات

ذكر الديات بعد الجنائيات
ظاهر المناسبة لما أن الدية
احدى موجبي الجنابة
المشروعين للصيانة لكن
القصاص أشد صيانة فقدم
ومحاسن المحاسن القصاص
والدية مصدر من ودى
القاتل المقتول اذا أعطى
وليه المال الذى هو بدل
النفس كالعدة من وعد
قال (وفي شبه العمدية
مغلظة) شبه العمد قد تقدم
معناه وحكمه الدية المغلظة
على العاقلة وكفارة على
القاتل وقد بيناه في أول
الجنائيات

كتاب الديات

قال الزيدى الدية هي اسم
للمال الذى هو بدل النفس
ومصدر يقال ودى القاتل
المقتول دية اذا أعطى وليه
ذلك سمي ذلك المال بالدية
تسمية للفعل بالمصدر
انتهى والاولى أن يقال
الدية هي المال الواجب
بالجنابة في نفس أو طرف
(قوله لما أن الدية احدى
موجبي الجنابة المشروعين
للصيانة) أقول فان قيل
اذا كانت الدية احدى
موجبيها ينبغى أن تذكر في

أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما نقلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبدية فوجب قيمته للولى وزفر وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالجحة عليه ما حقه قتله (ومن قضى عليه بالرحم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الراى) لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجسس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمي في حق المحل والحرمه اذا الرمي هو اذا كاذب فاعتبر الاهلية وانسلاجه عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رمية في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلماذا اختلفا

كتاب الديات

قال (وفي شبه العمدية مغالطة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه في أول الجنائيات

في اعتقاد المرتد أن الرد لا تبطل التقوم فكيف يصير مرتد عن ضمان الجنابة كذا في الجامع الصغير لقاضيان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى وقال في معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمي كما في هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجب وكذا في مسئلة الرمي ثم تجسس وكذا في مسئلة المحرم على ما سيجي والآنهم ما يقولان في مسئلة ان رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مرتدا للراى عن الضمان ولهذا قال لا يصير بالارتداد مرتدا والبراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مرتدا لان في اعتقاد المرتد أن الرد لا تبطل التقوم فكيف يصير مرتد عن الضمان كذا في جامع قاضيان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى (قوله أما الرمي قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له في المحل) أقول لم توهـم أن هذا الكلام ينافى ما قاله في صدر دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمي فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله في صدر دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمي من جهة استناد الحكم الى وقت الرمي عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي فكانه وجود من ذلك الوقت انتهى

كتاب الديات

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنائيات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبي الجنابة في الادى المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضى أن يذكر الديات في كتاب الجنائيات كلقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنائيات لكون كل منهما موجبا للجنائيات لان يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع في الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنائيات وهذا المقصود يحصل عما ذكره قطعاً وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنائيات فله وجه آخر لم يذكره أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحققت أن يجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع في الكتاب وضع القدورى في مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخى فقدم في مختصره كتاب الديات على

قال

كتابها في باب مستقل ولا يجعل كتابا على حدة قلنا نعم الا أنه نظر الى عموم مباحثها وعموم موارد ها وكثرة الاختلافات فيها ولهذا اعنون محمد كتاب الجنائيات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنائيات فيها من القصاص وغيرها

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الآية (فان لم يجحد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنائيات والشيخ أبو جعفر الطحاوي قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما في كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنائيات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنائيات أصلاً لان عامة أحكام الجنائيات هي الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطا وفي شبه الخطا وفي القتل بسبب وفي العمد أيضاً اذا عكس فيه الشبهة فرج جانب الدية في نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر في المغرب وعامة الشروح قال في القاموس الدية بالكسر حق القتل جعلها ديات وقال في الصحاح ودبت القتل أدبه دية اذا أعطيت دية وقال في الكافي الدية المال الذي هو بدل النفس والارض اسم لا واجب على مادون النفس انتمى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ما سيجيء في الفصل الآتي من أن في المارن الدية وفي اللسان الدية وفي اللحيمة الدية وفي شعر الرأس الدية وفي الحاجبين الدية وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الذراعين الدية وفي الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التي أطلقت الدية فيها على ما هو بدل مادون النفس وكذا ما ورد في الحديث وهو ما روى سعيد ابن المسيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن خزيمة رضي الله عنه كما سيأتي فالظاهر في تفسير الدية ما ذكره صاحب الغاية آخر افانته بعد أن ذكر مثل ما ذكر في المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابله الا دمي أو طرف منه سمي به لانها تؤدي عادة لانه قلما يجري فيه العفو واعظم حرمة الا دمي انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الآية فان لم يجحد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجحد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أدخل الشارح المذكور بحق المقام في تحريره هذا أما أولاً فلا لانه خص بالذكر في بيان كفارته شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجحد فصيام شهرين متتابعين دليلاً عليه فقد قصر في البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجحد رقبة مؤمنة ولم يصب في سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة الى قوله فن لم يجحد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فن لم يجحد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذي لم يذكره في المدعي بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمي كفارته على ترتيب ما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجحد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال في تعليل الاول لقوله تعالى ففخر برقبة مؤمنة ولم يذكر آخر الآية وقال في تعليل الثاني بهذا النص أي بآخر هذا النص وهو قوله تعالى فن لم يجحد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانياً فلا لانه قال وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مداره فقط في قوله وهو نص في كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفرع في قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحريم والصوم بالذكر في الآية يدل على نفي ما عداهما كان ذلك قولاً بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ما ذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة)
لقوله تعالى ففخر برقبة
مؤمنة) الى قوله تعالى فن
لم يجحد فصيام شهرين
متتابعين الآية وهو نص
في كونها بالتحرير أو الصوم
فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام
لانه لم يرد به نص والمقادير
تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولأن جعل المذكور كل الواجب استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر إلى الفاء وذلك لأن الرفع بعد فاء الجزاء
يتبين أن يكون كل الجزاء ما لم يكن كذلك لا لبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شيء ومثله محمل الأثرى أنه لو قال لأمر أنه إن
دخلت النار أنت طالق في نفسه أن يقول وعبدى حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء إلا المذكور ولا محتمل الفهم والآخر بالنظر إلى
المذكور به في ترك النسيب مراداً (٣٠٣) أنه كره لأنه موضع الحاجة إلى البيان والسكوت في موضع الحاجة إلى

البيان بيان (على ما عرفت) ولأن جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء ولكنه كونه كل المذكور على ما عرفت (ويجوز ترضيع أحد
أبيه مسلم) لأنه مسلم به والظاهر بسلامة أطرافه (ولا يجزئ ما في البطن) لأنه لا تعرف حياته ولا سلامته
قال (وهو الكفارة في الخطأ) لما تلوناه (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أربعا وخمس
وعشرون بنت شماس وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقبة وخمس وعشرون جذعة)
وقال محمد والشافعي أن ثلاثاً ثلاثون جذعة وثلاثون حقبة وأربعون ثنية كلها خانات في بطونها
أولادها لقوله عليه السلام ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون
منها في بطونها أولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقبة وثلاثون جذعة

المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم أجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهم أقوله
لأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو كونه كل المذكور على ما عرفت كان قوله لأنه لم
يرد به نص الخ بعد تفرع عدم أجزاء الاطعام على ما قبله كلاً ما محتملاً إذ يكون المفرع عليه أن ذلك دليل
على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تقرير المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله
لأنه لم يرد به نص الخ دليل آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة أو العطف بأن يقال ولأنه لم يرد به نص
الخ كلاً لا يخفى على من له دراية بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه
الاطعام كلاً ما يستدأ مطلقاً بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في
أسلوب تحريره أصلاً (قوله ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح يعني
أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء أو لم يكن كذلك لا لبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي
منه شيء ومثله محمل انتهى أقول يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضاً في العمد وشبهه
والخطأ وشبهه كما مر في أول كتاب الجنائيات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة
فليتأمل (قوله أو كونه كل المذكور على ما عرفت) يعني لو كان الغير مراداً لكره لأنه موضع الحاجة
إلى البيان وحيث لم يرد كره أنه غير مراد لأن السكوت عن البيان في موضع الحاجة إلى البيان بيان
كما عرفت في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال إن السكوت
لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا
وفيه مائة من الإبل ولم يرد كره الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لأننا نقول ثمة وجد بيان نص
آخر أو نقول لأنهم قالوا الجزاء في وجده رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى
أقول في كل من جوابه نظر أمافي الأول فلان التشبُّه بوجود نص آخر في مادة النقص وعدم وجوده
فيما نحن فيه مصير إلى الاستدلال بالوجه الأول الذي ذكره المصنف بقوله لأنه لم يرد به نص فلزم أن لا
يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلاً مستقلاً بل يلزم أن يكون مستدرَكاً وأمافي الثاني فلان
اللازم للجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لأنه هو المورد للسؤال ولا شك أن ما ذكر فيه مبنى على
وجوب الكفارة في شبه العمد وأما روايته عدم وجوبه فيه فيعزل عنه فلا وجه للمصير إليه هنا كما لا يخفى

تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ
فتحرير برقبة مؤمنة
(وديته) أي دية شبه العمد
(عند أبي حنيفة وأبي يوسف
مائة من الإبل أربعا وخمس
وعشرون بنت شماس
وخمس وعشرون بنت لبون
وخمس وعشرون حقبة
وخمس وعشرون جذعة)
ولم يرد في بعض نسخ
اليداية قول أبي يوسف مع
أبي حنيفة وهو مخالف لرواية
عامة الكتب (وقال محمد
والشافعي ثلاثون جذعة
وثلاثون حقبة وأربعون
ثنية كلها خانات في بطونها
أولادها) والخلفات جمع

خلفه وهي الميراث من التوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها
للثنية واستدلال بقوله صلى الله عليه وسلم أن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها
قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال الكاكي الاقتصاد على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات
الكتب من المبسوط والجوامع والاسرار والإيضاح فإن المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة
وأبي يوسف موافقاً لعامة الروايات انتهى يشهد له أقوله وإياهما حين شرع في تقرير دليلهما

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطأ المحض فان الابل فيه تجب أنجاسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فما قلنا) لاننا نقول أن ثلثا ما وأنتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع ومارو ياد غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيد وغيرهما قالوا مثل ما قالوا وقال علي تجب أن ثلثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود غنل ما قلنا أرباعا الرأي لا مدخل له في التفادي فكان كالمرفوع ويصير معارض لما روياه وإذا تعارض ما كان الأخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزداد في (٣٠٣) الدراهم والدنانير على عشرة آلاف درهم أو ألف دينار وقال سفيان

الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير بأن ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطأ والى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فإزداد على أسنان دية الخطأ يزداد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جنابة وجدت منه ولم توجد في الخطأ وهذا المعنى موجود في الجرحين فيجب التغليظ فيهما ولو انما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأ في باب النحر سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) إشارة الى

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا وله ما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ومارويه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرناه وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أنجاسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو اسكونه كل المذكور أي اسكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني أقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحريم رقبته مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي ولكون ما ذكرنا من التحريم والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ لما قلنا) أقول لقائل أن يقول اذ لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جنابة شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومرايض في أوائل كتاب الجنائيات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل حيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لا انتفاء ما هو المعتبر في دية وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزداد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتامل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال) أقول فيه شيء وعو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله إلا أن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطأ مائة من الابل أرباعا وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض وذكره

قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنائيات قال (والدية في الخطأ مائة من الابل أنجاسا) قيل منصوب باسمه كان ويجوز أن يكون حالا من التسمير الذي في قوله في الخطأ وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتل خطأ أنجاسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الاسماء

(قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لاننا نقول ان ثلثا ما وأنتم تقولون ارباعا) أقول يعني والاول أكل في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ) أقول ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

لكن ما قلنا أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخطا معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم فتعارضنا فيحتاج إلى تأويل وذکر المصنف تأويل ما ذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك إلى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن (٤٤٣) وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما رويناه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني إلى عهد عمر وذلك تناسق والثاني أن وزن ستة يزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الأول أن المتقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذکر في غاية البيان وغيره من الشروح والمقادير لا تعرف الاسماء فكان كالرفوع فصار مارواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليل على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيمارواه ابن مسعود نعم كون مارواه أليق بحال الخطا لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الابل في دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف إلا أن قول المصنف ولان ما قلناه أخف فكان أليق بحال الخطا لان الخطا معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وما قبله أيضا دليل مستقل وهذا في ضم الثاني إلى الأول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المصنف هذا نوع ركازة وكان صاحب العناية تنبئه حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان مارواه ابن مسعود وما روى عن علي رضي الله عنه ~~مكن~~ ما قلنا أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخطا معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيره والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذا الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع إلى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بان لبون مكان ابن مخاض يعني في الأخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ما روى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقبة وعشرون جذعة كما ذكر

(قوله والحجة عليه ما ذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الأولى أن يجعل إشارة إلى قول ابن مسعود وإلى المعقول قال الاتقاني أي الحجة على الشافعي قول

ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين) قال إلى قوله وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشياء إلا أنه أضيف الوزن إلى ستة تقريرا) أقول قال الزيلعي واذا جعل مارواه الشافعي على وزن خمسة ومارواه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الجمل أوضح وقال الزيلعي كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة الواحدة منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنائير وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنائير وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنائير

وقوله (ولان ثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقال منها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في نفسه بذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء عوا والخسار قال في النهاية وقيل في ديارنا قص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذکور في كتاب الديات يجوز كالمو صلح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كالمو صلح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ابي عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضى الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشياه ألفي شاة وعلى أهل الحلال مائتي حلة (ولابى حنيفة أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالبية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شيئا مما وجب ضمانه بالانلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالانار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها في غيرها) فان قيل فليحق بها دلالة قلنا حتى ثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذ كرفي المعاقل) أي في معاقل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة ووجه

قال (ولان ثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمره كذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالبية وهذه الاشياء مجهولة المالبية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالانار المشهورة وعدمناها في غيرها وذ كرفي المعاقل أنه لو صلح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا اية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غاية البيان فليتامر في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما يظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذکور في كتاب الديات يجوز كالمو صلح على أكثر من مائتي فرس وعلى قوله - ما لا يجوز كالمو صلح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعري ما بالهم مصور وانظروا فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصر رافيه بكلامه انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لامن غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قولهما ما يمكن للقاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الخيل كما يمكن من أدائها من الأنواع الثلاثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يمكن من أدائها الامن هذه الانواع الثلاثة (قوله وذ كرفي المعاقل أنه لو صلح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذ كرفي المعاقل أي في معاقل المبسوط شبهة على ما روى عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الامن هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذ كرفي المعاقل أنه لو صلح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يصحح الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية

(٣٩ - تكمله ثامن) لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا يرى صحة لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عن روايتين

(قال المصنف وقال منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدأ محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما يظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يخبر القاتل الا في اختلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عمر فروغ إلى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمفروع إذا لم يدخل للرأى فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث ومادونه لا يتنصف وقد كثر في ديات الميسوط وكان زيد بن ثابت يقول إنما تعاقل الرجل إلى ثلث ديتها يعني إذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فإن زاد على الثلث فينتهز حالها فيه على النصف من حال الرجل وإن كان بعد ذلك في قول المصنف اعتبار إيهاب بالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبار إيهاب وما فوق الثلث وفيه نظر لأنه قال في شرح الكافي قال محمد في الأصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك تأخذتم قال وقال زيد بن ثابت ثلث (٣٠٦) الدية وما فوقها يتنصف ومادونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث الدية وما حكي عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيمن قطع أصبع امرأة قال عليه عشر من الأبل قلت فإن قطع أصبعين منها قال عليه عشرون من الأبل قلت فإن قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الأبل قلت فإن قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الأبل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراقى أنت فقلت لأبل جائل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال أنه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة إذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم واجتبه عليه ماروينا بهجومه وأن حاله أنه نص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليمين درجة ومنفعة أقل لا تتمكن من التزوج قال بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لثلاث يلزم مخالفة التبع للأصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد أنه السنة يريد به سنة زيد بن كبر الصحابه أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفاً على عمر فروغ إلى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمفروع إذا لم يدخل للرأى فيه وقال الشافعي مادون الثلث لا يتنصف وأما ما فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه واجتبه عليه ماروينا بهجومه ولا حاله أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه للمعاقل على أنها قولهما ثم إن صاحب العناية رد الوجه الأول من جهة أنه لا يرى صحة لأنه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفاً انتهى أقول ليس هذا بشيء لأن مدار الوجه الأول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضاً لرواية كتاب الديات إنما يناقض صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهو في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه بدل عليه قطعاً عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما أنه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الأنواع أعني البقر والغنم والمثل في الدية من الأموال المقدرة انتهى وتصحيح إحدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لا دفع رد صاحب العناية الوجه الأول يرتفع التناقض بالمثل على الرجوع إلى قوله ما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وإنما يصلح لأن يكون جواباً آخر عن أصل الشبهة لأن ما له إلى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في أحدهما قوله الأول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع إليه وقد ذكره أيضاً صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورداً أحدهما حيث قال وجعل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتان انتهى ومدار رده أحدهما ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور إلا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والالتفات للشبهة بل يرتفع بالمثل على القولين منه تفكير تفهم (قوله ولأن حاله أنقص من حال الرجل ومنفعة أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لأن الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم إن صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتباراً بالنفس وبالثلث وما فوقه لا يلزم مخالفة

قال (قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالمفروع على ما مر إذا لم يدخل للرأى فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد بن كبر الصحابه أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

قال (قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحمله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش إذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفاً (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالمفروع على ما مر إذا لم يدخل للرأى فيه خصوصاً في مثل هذا الحكم الذي يحمله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد بن كبر الصحابه أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها

قال (ودية المسلم والذي سواء) دية الذمي كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونسأؤهم كنسأئهم في النفس ومادونهم أو كلامه على الوجه الذي ذكره واضح وقد استدل الشافعي بقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة وبقوله تعالى أفن كان مؤمنا مكن كان فاسقا لا يستويون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولأن نقصان الكافر فوق نقصان الاوثنة وبالاوثنة تنقص الدية قبل الكفر أولى وبأن الرق أثر من آثار الكفر وبه تنقص الدية قبل الكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهم لا يعارضون قوله تعالى وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بأن النقصان بالاوثنة والرق من حيث النقصان في المالكية فإن المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذي يساوي المسلم في المالكية فكذلك في الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز بما في يده من المال والذي يساوي المسلم في ضمان ماله إذا أتلّف في النفس أولى وإن لم يكن لنا في المسئلة إلا ما روى الزهري أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وما روى عن علي رضي الله عنه أشهره أنما يذلو الجزية لتسكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذمي مثل دية المسلم وما روى عكرمة عن (٣٠٧) ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى

ذميا قتل بمائة من الإبل
ليكن لنا من الظهور في
المسئلة ما لا يخفى على أحد

فصل فيما دون النفس

لما فرغ من ذكر النفس
ذكر ما هو تبع لها وهو
مادونها قال (وفي النفس
الدية وقد ذكرناه) وأعاد
ذكر النفس في فصل مادون
النفس ثم عاهد الذميا بعهده
وقوله ذكرناه يعني في أوائل
الجنائيات ومعنى قوله في
النفس الدية تجب الدية
بسبب اتلافها كما يقال في
النكاح حل ومنه قوله
عليه السلام في جنس من الإبل
السائمة شاة وقوله (وفي

قال (ودية المسلم والذي سواء) وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا والشافعي ما روى أن النبي عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رواه أشهره عمار واه مالك فإنه ظهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس قال (وفي النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية) والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عليه له لسلام لعمر بن خزيمة رضي الله عنه والاصل في الاطراف أنه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العيني أقول لما منع أن يمنع بطلان الاصل من الاصل في مخالفة التبع الذي هو الاطراف للاصل الذي هو النفس في بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجري بين الرجل والمرأة ولا يجري بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر في كتاب الجنائيات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس ومادونها في حكم الدية أيضا

فصل (الدية) فيما دون النفس لما ذكر حكم الدية في النفس ذكر في هذا الفصل حكمها فيما دون

المارن الدية) يعني فيما دون قصبة الأنف وهو ما لا نمنه كل ما لا تأتي له في البدن عضوًا كان أو معنى مقصودا يجب بانلافه كمال الدية ومن الاعضاء ما هو افراد كالأنف واللسان والذكر ومنها ما هو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفقين واليدين وثدي المرأة والفتين والرجلين ومنها ما هو أربع كاشفار العينين ومنها ما هو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها ما زاد على ذلك كالأسنان (والاصل في الاطراف أنه اذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجبال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وإن كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصى والعين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين السوداء لا يجب القصاص في العمد ولا الدية في الخطا لأنه لم يفوّت جنس منفعة ولا فوّت جالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا أتلّف الكمال فيجب فيه كمال الدية

(قوله والمعهود من الدية الدية في قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبيها للمراد (قوله في النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لمبوتها بالآثر

فصل فيما دون النفس قال المصنف (وفي النفس الدية) أقول أي تجب الدية بسبب اتلافها في السببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس إلى قوله واليه العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علقها بتبنا وما باردا اذا وقع في العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجهه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجهه تعظيماً لا دعى أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائماً ببعضها واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائماً ببعضين ففي كل واحد منهما انصف الدية وان كان قائماً باربعة أعضاء ففي كل واحد منهما ربع الدية وان كان قائماً بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائماً بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسيم الدية على عدد الحروف) يعني على جمل الحروف مما يتعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والياء والجيم والذال والراء والزاي والسين (٣٠٨) والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف

لاتلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجهه تعظيماً لا دعى أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فقوله في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الارنبه لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزداد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لقوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام انتفوت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها يجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الأكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تنفصل منفعة الكلام وكذا الذي ذكرناه يفوت به منفعة الوطء والابلاذ واستمسك البول والرمي به ودفق الماء والابلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الابلاج والدفق والقصة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لقوات منفعة الادراك اذ به يتمتع بنفسه في معاشه ومعاذه (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

من ذلك نظراً لانه من أقصى الخلق على ما عرف فإلما يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روي أن رجلاً قطع طرف لسان رجل في زمان على رضى الله عنه فأمره أن يقرأ ابنته فكما قرأ حرفاً سقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسبه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا ينفصل عن اللسان ان تميات بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتبها فيجب الامتناع بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني أو استخلفه على البتات ونكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها أيضاً تحقيقاً للناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقضاء عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظراً لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجري فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فالحقابه غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فيقدر ما لا يقدر يجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والياء والجيم والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظراً لانه من أقصى الخلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذا الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالالف والتاء والياء وغيرهما مذكروا وهو الالف التي يتم بها الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام والذي من أقصى الخلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلام كما في أول أخذوا وسط سأل وأخر قرأ الحرف الذي يتم به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو الالف فتشأنظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه مذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت اللفاظ التي يتم بها أسماء مسميات الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام كحقيقة صاحب الكشف في

يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانسكار فطريق معرفة السمع أن يتعاقل وينادي فان أجاب علم أنه لا يسمع وحكي الناطق عن أبي حازم القاضي أن امرأته تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها خافه عني عورتك فاضطربت وتيسرعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلحق بين يديه حمية فان هرب من الحمية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بان يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفعه علم أنه لم يذهب شمه

(قوله أو استخلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منهم منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الادية واحدة لان الاطراف تتبع النفس اما الطرف فلا يتبع طرفا اخر وبذا يدفع ما قيل لومات من الشجعة لم تلزمه الادية واحدة فبقوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روي عن عمر كاذ كرفي الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال فالوالحق رأس انسان أو لحية لا يطالب (٣٠٩) بالادية حالة الحلق بل يؤجل سنة

لتصور النباتات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شيء على الخالق وقال فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كافي الاذنين الشاخصتين) أي المرتفعتين وصفهما ارفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) أي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا بالدية في الحرافوات الجمال (والخراج على الفاعل) وهو أنه يجب نقض القيمة وقوله (هو الاصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما يجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وضورة حلقهما خطأ أن نطئه مباح الدم فالحق التي لحية ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجودا كان عمدا فما المانع عنه مع الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة

لان كل واحد منهم منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي يجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادنى ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويت على الكمال فوجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما اللحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسجران كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جبه الكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق أثر الجمالية وبؤدب على تركه ما لا يحسن وان نبتت بمضاة فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شيء في الحرس لانه يزيد جمالا وفي العبد يجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير أو انه يشينه ولا يزينه ويستوى العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الخاجين الدية وفي احدهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رجحهما الله يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية

أول سورة البقرة وجهور الشراح انما عددوا الالف ونظائرهم من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب المكشاف هناك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التجي فان قلت لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلام ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك أن لغات من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التجي كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روي أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أو جيب من الدية بمقتابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجاء ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل نقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال أقول رد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه فانه قسم اللحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية

لا تثبت الا بالنص أو دلالة له ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تقويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السرية كما توهم في الجراحات وليس فيه امانة ذى الروح فلا يجوز اخافها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا

(قوله يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الاخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه امانة ذى الروح) أقول أي ليس في الشعور روح

قال (وفي العينين الدية) الاصل الذي ذكرناه في صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جميع شفرها بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازاً وأوله قال ذلك دفعاً لخطئه من خطأ محمد في اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهي حروف العينين واطرافهما والشعور التي عليها (٣١٠) تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب فيكون مجازاً

قال (وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية) كذا روى في حديث سعيد بن المسيب رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال (وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمر بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تقويت الاثنين من هذه الاشياء تقويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تقويت احدهما تقويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفي ثديي المرأة الدية) لما فيه من تقويت جنس المنفعة (وفي احدهما نصف دية المرأة) لما بينهما بخلاف ثدي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تقويت جنس المنفعة والجمال (وفي حلمي المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفي احدهما نصفها) لما بينهما قال (وفي اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية) قال رضي الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازاً كذا كرم محمد في الاصل للجاورة كالأروية للقرية وهي حقيقة في البعير وهذا انه يقوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع الأذى والقذى عن العين اذ هو يدفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الحفون باحداهما فدية واحدة) لان الكل كشيء واحد وصار كاللحار مع القصبة قال (وفي كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يقوت بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتقسم الدية عليها أعشاراً قال (وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع وما فيه مفاصلان ففي أحدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع قال (وفي كل سن من سنن الابل والاسنان عليه السلام في حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه وفي كل سن من سنن الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق ما روي لما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالأيدى والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمداً ففيه القصاص وقد مر في الجنايات قال (ومن ضرب عضواً فذهب منه فدية كاملة) كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها.

ينافي ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج بكوسج حقيقة وان كان في صورة الكوسج والذي قسم لحيته على ثلاثة أقسام في سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقي والصوري فلا منافاة (قوله والاسنان والاضراس كلها سواء) قال في العناية قالوا فيه نظروا الصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثانياً وهي الأسنان المتقدمة اثنان فوق واثنان أسفل ومثلها رابعيات وهي ما يلي الثنايا ومثلها أنياب تلي الرباعيات ومثلها ضواحل تلي الانياب واثناعشرة سنان تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهي آخر الاسنان تسمى بغير سن الحلم لانه ينبت بعد البلوغ

الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهي من الدراهم مائة وعشرون درهم وليس في البدن جنس عضو يجب تقويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحل لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعنى الذى يتعلق بدوجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (فان قيل لانسليم) أن فوات الصورة ليس متعلق بدوجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم فى خلق الحاجبين والحية وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون المفسر فى غير موقعه أجب بان الجمال مقصود فى عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع الأثرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد

(٣١١)

لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لافوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع مأوه تجب الدية) انشريت جنس المنفعة (وكذا لأحدبه) لانه فوت جبال على السكال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لانشى عليه) لزوالها لاعتن أثر
فصل فى الشجاج قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تخرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى يسيل الدم

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول فى هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل فى أوله والصواب أن يقال وفيه إشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف الأتمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت منتهى فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكال فجار أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداها من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما فى الكتاب فان الاضراس تعم الانياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال الاضراس ماسوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر فى النهاية وغيره ما فيه معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر فى الإرادة على ما فى الكتاب فلامعنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى إفادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المبسوط
فصل فى الشجاج لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكروه فى فصل عشرة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا لا الثانى هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

لما كان الشجاج نوعا من أنواع مادون النفس وتكاثر مسائله ذكروه فى فصل عشرة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا لا الثانى هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم فى خلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول فى الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويفرقه ذكروه الكاكى لكنه

كلام على السند (قوله ألا يرى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما تجب الدية فى اليد الشلاء ذن الزينة فيها ليست بكاملة ألا يرى أن الانسان يتجمل بهم اعند من لا يعرف حالها وأما اعند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكمل زينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمع جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شئ بتفويته والله تعالى أعلم
فصل فى الشجاج (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع فى المتعارف والموجود فى الثلاث لأول ذلك

أولاً والثاني هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدائمة والأول إما يكون قطعاً أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن أظهر الجلد الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أولاً والثاني هو المتلاجة والأول إما أن يقتصر على الظاهر أو يتعدى والأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على الظاهر العظم أو لا والاول هو الدامعة والأول إما أن يقطع بعض اللحم أولاً والثاني هو الدائمة والأول إما يكون قطعاً أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم أولاً والثاني هو الباضعة والأول إما أن يظهر الجلد الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أولاً والثاني هو المتلاجة والأول إما أن يقتصر على الظاهر أو يتعدى والأول هو السمحاق (٣١٣) والثاني إما أن يقتصر على الظاهر

(والباضعة) وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه (والمتلاجة) وهي التي تأخذ في اللحم (والسمحاق) وهي التي تصل إلى السمحاق وهي جلد رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهي التي توضح العظم أي تبينه (والهاشمة) وهي التي تهشم العظم أي تكسره (والمنفلة) وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوله (والآمنة) وهي التي تصل إلى أم الرأس وهو الذي فيه الدماغ قال (في الموضحة) القصاص إن كانت عمداً لما روي أنه عليه السلام قضى بالقصاص في الموضحة ولأنه يمكن أن ينتهي السكن إلى العظم فينساويان فيتحقق القصاص قال (ولاقصاص في بقية الشجاج) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة قبل الآمنة لا حد ينتهي السكن إليه ولأنه في الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبي حنيفة وقال محمد في الأصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيفسر غوراً بما عساه ثم اتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما نطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لأنه ليس فيها أرض مقدرة ولا يمكن إعداده فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ما تورع النجفي وعمر بن عبد العزيز قال (وفي الموضحة إن كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشرة دية وفي المنفلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمنة ثلث الدية)

وقيلها الدائمة وهي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال في الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدائمة قال أبو عبيد الدامعة هي التي تدمى من غير أن يسيل منها دم فإذا سال منها الدم فهي الدامعة بالعين غير مجتمعة انتهى وقال في القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدائمة أي إلى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجي عن المصنف التصريح بأن الحكم في الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية في الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة في تفسير الدائمة والدامعة من الشجاج وترتيبها ما ذكر في المحيط البرهاني نقلاً عن الطحاوي حيث قال فيه أعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهي التي تشق الجلد مأخوذة من قولهم حرص القصار الثوب إذا شقه في الدق ولا تدبسه ثم الدائمة وهي التي تخدش الجلد وتدبسه ولا تدبيل الدم هكذا ذكر الطحاوي وذكر شيخ الإسلام هي التي تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوي في كتابه وذكر شيخ الإسلام هي التي تسيل الدم أكثر مما يكون في الدائمة من السيلان مأخوذة من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لأن الدم يصل إلى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجرد من الألم إلى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهي التي تبضع الجلد أي تقطعه) أقول في تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتوروان تابعه صاحب الكافي وكثير من المتأخرين فيه لأن قطع الجلد متحقق في الصورة الأولى أيضاً سيما في الدامعة والدائمة إذا ظاهراً أن شيئاً من أظهار الدم وإسالتة لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقيق قطع الجلد في كل من الأنواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملاً لكل غير مختص بالباضعة فانظروا في تفسير الباضعة ما ذكر في المحيط والبدائع حيث قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع

أن يقتصر على كسر العظم أولاً والأول هو الهاشمة والثاني إما أن يقتصر على نقل العظم وتحوله من غير وصوله إلى الجلد التي بين العظم والدماغ أولاً والأول هو المنفلة والثاني هو الآمنة وهي العاشرة ولم يذكر ما بعده وهي الدامعة بالغين المعجمة وهي التي تخرج الدماغ لأن النفس لا تبقى بعده أعادة فكان ذلك قتلاً لا شجة على ما يجي في الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ما ذكر في الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولأنه فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنفلة والآمنة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة إلى السمحاق والمبار ما يسر به الجرح أي بقدر غوره بحديدة أو غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهي الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها إنما هو

على رواية غير الأصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة

(قوله والأول أن إما يكون قطعاً أكثر اللحم الذي بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع إلى الجلد في قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثاني وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هي التي تقطع الجلد (قوله والأول إما أن يقتصر على الظاهر) أقول أي أظهار الجلد الرقيقة

وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان فقيمهما ثلثا الدية (لما روى في كتاب عمرو بن خرم رضى الله عنه أن النبي عليه السلام قال وفي الموضحة نجس من الابل وفي الهاشمية عشر وفي المنقولة خمسة عشر وفي الامة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن أبي بكر رضى الله عنه أنه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين استداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في البافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبي يوسف وهذا الاختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما يذكرونها لانها تقع قتلا في الغالب لاجنبية مقتصرة منفردة يحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها رأس مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

الحم أي نقطعه انتهى وبعض ذلك ما وقع في معتبرات كتب اللغة فانه قال في المغرب وفي الشجاج الباضعة وهي التي جرحمت الجلود وشقت اللحم انتهى وقال في الصحاح والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا أنه لا يسمي الدم انتهى وقال في القاموس والباضعة الشجة التي تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى الا أنها تسمى لا يقال فعلى هذا تشبه الباضعة بالمتلاجة فانه قال في الكتاب والمتلاجة وهي التي تأخذ في اللحم وهذا في المال عين ما نقلته عن المحيط والبدائع في تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاجة بما ذكر في الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال في المحيط ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيئا من اللحم ثم المتلاجة وهي التي تقطع اللحم وتنزع شيئا من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال في البدائع والباضعة هي التي تبضع اللحم أي تقطعه والمتلاجة هي التي تذهب في اللحم كما ترمي تذهب الباضعة فيه انتهى وقال في المغرب والمتلاجة من الشجاج هي التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أي تتلاءم وتتلاصق اه وقال في الصحاح والمتلاجة الشجة التي اخذت في اللحم ولم تبلغ السحقا انتهى وقال في القاموس وشجة متلاجة اخذت فيسه ولم تبلغ السحقا انتهى (قوله وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال في النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال في العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ما ذكر في الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعني أنها لما تناولت ما في جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت في الرأس فتدخل في مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها في فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال في النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجهتين والذقن أيضا على ما ذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه الا شئت أن كلاما من الجبهة والوجهتين والذقن داخل في الوجه لانهم صرحوا في أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتي الاذن لان المواجئة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما ساءل في هذا الفصل حتى صاحب النهاية ومعراج الدراية أنفسهم أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفي الجائفة ثلث الدية) قال في الايضاح الجائفة ما اتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما وصل من الرقبة الى الموضع الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا وما فوق ذلك فليس بجائفة قال في النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا في مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعني يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاجة مشتقة من التحم الشبان اذا اتصل أحدهما بالآخر فالتلاجة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاجة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ما ذكره محمد تبقى التي تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعمد الباضعة لها كما ذكره الامام الزيلعي وغيره من الشراح

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذي (٤١) تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) فيسل عليه فيجب

أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين) مثله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفاً ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجب نقصان عشر قيمته فأوجب عشر الدية لان قيمة الحر دية قال قاضيان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلاً فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث علي فانه اعتبر بحكومة العدل في الذي قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعيب

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بهاد لالة ففي قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان

ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منه في الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل لسان الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدراً لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الآن عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً وقالوا الحائفة تختص بالجوف خوف الرأس أو خوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي أن يقوم بمواكب دون هذا الاثر ويتم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا ينص فيه يرد الى المصروف عليه

من الوجه أيضاً عندنا خلافاً لما لك فقول المصنف ثم هذه الشجاجة تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فيعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضاً وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضى المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بهاد لالة ففي قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدري الجراحة التي في غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضاً على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاجة دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففي قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقف دليل على عدم وجوب أرش مقدري الجراحة الكائنة في غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليلاً على ذلك أيضاً أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه لا تسامح أصلاً ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافي ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جراح في الشجاجة في الرأس والوجه وغيرهما ليس في معناه ما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذي يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرر بالمصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا ان عندناهما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضاً) قال في النهاية وفي مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفرض غسل اللحيان في الطهارة لانهم ما من الوجه على الحقيقة الا أن اتركناه هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا بقيت العبرة للحقيقة أنه انتهى وهكذا ذكر في الكفاية ومعراج الدراية أيضاً وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضاً في الطهارة وأجيب بأن تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا بقيت العبرة للحقيقة أنه انتهى واقضى أثره الشارح العيني أقول في الجواب اشكال عندي لان اللحيان اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخاً للكتاب بالاجماع وقد تقرر في أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الحائفة تختص بالجوف خوف الرأس أو خوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الحائفة أن تناولت ما في جوف الرأس أيضاً قال في جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاجة فما معنى ذكرها وبين حكمها بعد ذلك كونها من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله في صدر الفصل الشجاجة عشرة اذ تكون الشجاجة حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هي احدى تلك الانواع وهو الأمانة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذي في جوف البطن للبيان حال قسمها الذي في جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

فصل في (وفي أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولأن في قطع الأصابع تقويت جنس منفعته البطش وهو الموجب على ماهر (فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) أقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي أحدها نصف الدية ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها (وإن قطعها مع نصف الساعد ففي الأصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبي يوسف وعنه أن ما زاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للأصابع إلى المنكب وإلى الفخذ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب فلا يراد على تقدير الشرع

فصل في الأطراف دون الرأس لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة كذا في العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر في مسائل هذا الفصل أنها غير مختصرة في الأطراف بل بعضها متعلقة بالأطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور أنما يتشبه في بعض منها دون الكل فالوجه عندي أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسألة منها في باب على حدة في مختصر الكرخي كما ذكر في غاية البيان أوردها المصنف في فصل على حدة وأخرها عن الفصلين السابقين جريا على ما هو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات في فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها إلا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفي أصابع اليد نصف الدية) أي في أصابع اليد الواحدة نصف الدية أي في أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لماذا ذكر في ماهر أن في كل أصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة ههنا مستدركا إذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية فعلم قطعها ماهر أن في أصابع اليد الواحدة وهي خمس أصابع نصف الدية ولولا يكف الاستلزام والاقتضاء في حصول العلم بمسئلة بل كان لا بد فيه من التصريح بالزم أن يذكر أيضا أن في الأصبعين عشري الدية وفي ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفي أربع أصابع أربعة أعشار الدية إلى غير ذلك من المسائل المتروكة ذكرها صراحة في الكتاب ويمكن الجواب عنه بأن ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها نوطئة للمسئلة المعاقبة أيها وهي قوله فإن قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالقصد بالبيان هنا أن قطع الأصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان في الحكم وعن هذا قال في الوقاية في هذا المقام وفي أصابع يديلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولأن في قطع الأصابع تقويت جنس منفعته البطش وهو الموجب على ماهر) يعني أن قطعها تقويت جنس منفعته البطش وهو يوجب الدية الكاملة على ماهر ففي تقويت نصف منفعته البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم إن جمهور الشراح قالوا قوله على ماهر إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشرة فنقسم الدية عليها أقول فيه بحث إذا الظاهر أن قوله على ماهر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والالكان حق قوله وهو الموجب أن يؤثر عن قوله على ماهر وإذا كان قوله على ماهر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به إلى ما قاله هؤلاء الشراح إذ ليس في ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار إليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على ماهر أي الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت صورة الآلة على ماهر في فصل فيما دون النفس اه أقول هذا بعد ما ذهب إليه جمهور الشراح لأن بيان كون الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لأن المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على ما يدل عليه قوله ولأن في قطع الأصابع تقويت جنس منفعته البطش دون مجرد إزالة

فصل في (لما كانت الأطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها في فصل على حدة) (في أصابع اليد نصف الدية) لأن في كل أصبع عشر الدية على ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم في كل أصبع عشر من الأبل وقوله (على ماهر) إشارة إلى قوله ولأن في قطع الكل تقويت جنس المنفعة الخ

فصل في أصابع اليد قال المصنف (وفي أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولاتبع لتبع) يعني وإذا لم يكن تبعاً للأصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة إذا لوجه لاهلداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجراحة بالمنع فإن اليد إذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كفاية السرفة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات) والخم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالأصابع وأما من حيث الحكم فإن الأصبع له أرض مقدر والكف ليس كذلك ومأنت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرى وهو لا يعارض النص فكان مأنت فيه التقدير ما أولى فإن المصير إلى الرأى ضرورة ولا ضرورة شرعا ولما كان الاعتبار عند أبى حنيفة لتقدير الشرع نصا يفرق عندا مكان إيجاب الارش المقدر (٣١٦)

وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعاً في حق التضمين ولأنه لا وجه إلى أن يكون تبعاً للأصابع لأن بينهما ماعضوا كاملاً ولا إلى أن يكون تبعاً للكف لأنه تابع ولاتبع لتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان أصبعين فالتجس ولا شيء في الكف) وعنده عند أبى حنيفة وقال لا ينظر إلى أرض الكف والأصبع فيكون عليه إلا كثر ويدخل القليل في الكثير لأنه لا وجه إلى الجمع بين الارشين لأن الكل شيء واحد ولا إلى اعدار أحدهما لأن كل واحد منهما أصل من وجه فربحنا بالكثرة وله أن الأصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا لأن البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشر من الأبل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرض الأصابع ولا شيء في الكف بالإجماع) لأن الأصابع أصول في التقويم ولأن كل واحد حكم الكل فاستتبع الكف كما إذا كانت الأصابع فائتة بأسرها قال (وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل) تشرى بالأدنى لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعة يهدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قيل فصل الشجاج بقوله لأن المتعلق تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فإن وضع المسئلة هناك فيمن ضرب عضو فأذهب منفعة بدون أن يقطع فليمان كون الموجب للدية تقويت جنس المنفعة لا تقويت الصورة تأثيراً وفائدة ظاهرة هناك ثم أقول الأقرب إلى الحق عندى أن يكون قول المصنف هنا على ما مر إشارة إلى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والأصل في الأطراف أنه إذا قوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصوداً في الأدنى على الكمال يجب كل الدية لا تلافه النفس من وجهه وهو ملحق بالتلاف من كل وجه تعظيماً للأدنى اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الأطراف تقويت جنس المنفعة أو إزالة الجمال المقصود في الأدنى على الكمال فيناسب الإشارة إليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله وله ما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والأصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والأصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولأن الكف تبع للأصابع لأن البطش بها أن يكون الباطش هو

بين أن يكون الباقي من الأصابع واحداً أو أكثر لأن للأصبع الواحدة أرضاً مقدر فيجعل الكف تبعاً للأصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الأصبع في ظاهر الرواية لأن له أرضاً مقدر وما بقي شيء من الأصل وإن قل فلا حكم لتبع وقوله (في الأصبع الزائدة حكومة عدل) يعني سواء قطع عدا أو خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة أو لا أما إذا لم يكن فلا وجه إلى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كمن قطع إبهام إنسان وليس له إبهام ولأن المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لأن قيمة الأصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الأصبع الغير الزائدة أرض مقدر فلا مساواة بينهما في

القيمة وأما إذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا بشرط جريان القصاص ولم يوجد لما قلنا أن الواجب في قطع الزائدة حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة وقوله (لأنه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه أنه متعوض بما إذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم يثبت منلها فإنه لم يجب حكومة عدل وإن كان الشعر جزءاً من الأدنى بدليل أنه لا يحصل الانتفاع به وأجيب بأن إزالة الجزء الأدنى إنما يوجب حكومة عدل إذا بقي من أثره ما يشبهه كفاية قطع الأصبع الزائدة وإزالة الشعيرات تزينة لا تشبهه فلا توجيهها كالأوصاف ظفر غيره بغيره

(قوله وأجيب بأن إزالة الجزء الأدنى الخ) أقول وجوب الحكومة يدل على ذلك لأنها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول السكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أي الزائدة (ما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فمه والسن الشاغية هي التي يخالف
 نبتانبت غيرهما من الاسنان يقال رجل أشقى وامرأة شغوا فأنها وان كانت زائدة فهي نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة
 للالزام) انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير (٣١٧) الالزام حتى لو اعتق صغيرا لا يعلم صحة
 هذه الاعضاء منه بقينا

يخرج عن عهد الكفارة
 لان الغالب هو السلامة
 وقد تقدم من قبل في قوله
 ويجزئه رضيع قال (ومن
 شجر رجلا فذهب عقله أو
 شعر رأسه) في هذا بيان أن
 الجزء قد يدخل في الكل
 قوله (فصار كما اذا أوضحه
 فسات) يعني من حيث ان
 ذهب العقل في معنى تبديل
 النفس والخاصة بالهائم أو
 من حيث ان العقل ليس
 في موضع يشار اليه فصار
 كالروح للجسد وقوله
 (وأرشد الموضحة يجب بفوات
 جزء من الشعر) لبيان الجزئية
 وقوله (حتى لو نبت) يعني
 الشعر (يسقط) يعني أرشد
 الموضحة لبيان أن الارش
 يجب بالفوات كذا في النهاية
 وليس بمقتضى اليه لكونه
 معلوما وقوله (وقد تعلقا)
 يعني أرشد الموضحة والدية
 (بسبب واحد) وهو فوات
 الشعر لكن سبب الدية الكل
 قد دخل الجزء في الجملة كما
 اذا قطع اصبع رجل فشلت
 يده

(قال المصنف وقال الشافعي
 تجب دية كاملة) أقول
 قال الكاكي وبه قال أحمد
 والنوري لعموم الحديث قلنا

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل)
 وقال الشافعي تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبهه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود
 من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحته لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام
 بخلاف المارن والاذن الشاغية لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبي)
 لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
 به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ في العمد والخطا قال (ومن شجر رجلا فذهب عقله أو شعر
 رأسه دخل أرشد الموضحة في الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه
 فسات وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا
 بسبب واحد قد دخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل
 واحد منها جناية فيمادون النفس فلا يتبدل اخلاق كسائر الجنات

الاصابع لا غير فبين كلاميه في المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافي تفتن له حيث غير تحرير
 المصنف هنا فقال لهما أن أرشد اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل في البطش الاصابع
 والكف تبع لهما اما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بهما لم يجعل تعالى في حق التضمين انتهى ثم أقول
 يمكن التوفيق بين كلامي المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف في قوله فيما قبل لان البطش
 به أي لان اصل البطش بها كما قال في الكافي هناك لان قوام البطش بها فلا ينافي أن يكون بالكف
 أيضا بطش في الجملة بالتبعية فترفع التدافع (قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار
 كما اذا أوضحه فسات) أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مادار دخول
 أرشد الموضحة في الدية لما تم ما سبق في فصل فيمادون النفس من انه قد روي أن عمر رضى الله عنه
 قضى باربعة ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات
 من الشجة لم يلزمه الدية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) في ضربة ذهب بها
 العقل الدية واحدة فليتأمل (قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط)
 قال صاحب النهاية أي لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شيء فنبت به هذا أن وجوب
 أرشد الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من
 الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعني الشعر يسقط يعني أرشد الموضحة لبيان أن الارش يجب
 بالفوات كذا في النهاية وليس بمقتضى اليه لكونه معلوما انتهى أقول ان قوله وليس بمقتضى اليه لكونه
 معلوما ليس بشيء اذ لا ريب أن كون وجوب أرشد الموضحة بفوات جزء من الشعر لا مجرد تدفيري
 الاتصال والابلام الشديد أمر خفي جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما
 ذكره وفي فصل الشجاج أن لا يشترط في وجوب أرشد الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلمة بان
 لا ينبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هي التي توضع العظم أي تبينه ثم بينوا حكمها بانه
 القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور
 يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا في وجوب أرشد
 أمر أخفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرشد الموضحة يجب بفوات جزء من

خص منه لسان الاخرس انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث ان العقل ليس في موضع يشار اليه الخ)
 أقول قال العلامة الكاكي وفيه تأمل اذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب وبعضهم قالوا محل الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال
 من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح (٢) لم لا يلزم كذا بهامش الأصل

التكليم بالحروف والاصوات ففي جعله مبطناً نظر وقوله (وقالوا) يعني المشايخ أى قال المشايخ (ينبغي أن نجيب) وينبغي
الدية فيوما) أى في العينين (والارض في الموضحة) وقالوا في الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغي أن نجيب الدية في العينين)

وقوله (لهما في الخلافة) أي فيما إذا شجر رجلا موصفة فذهبت عيناها (فلا يجب في الموصفة القصص وفي العنين الدية وله) أي ولا يحنيفة (أن الجراححة الأولى سارية والجراححة التي تعمل قصاصا قد لا تكون سارية إذ ليس في وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للأولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولأن الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أي الثابتة حال الشجر (وكذا الحمل) أي محل الجنائتين (واحد من وجه لا اتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجنائية لم يوجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة في البداية نظرا إلى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كن رمي إلى رجل عدا فأصابه وتعدى إلى غيره فقتله ووجه ذلك أننا جعلنا الفعل واحدا من حيث أن الثاني حصل من سرية الأولى وههنا ليس كذلك فإن السرية انما تكون بتعاقب الألام وهو أنما يتحقق في شخص واحد قوله (وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع) جواب عما يقال (٣١٩) إذا قطع أصبع رجل عدا فاضرب السكين ووقع على أصبع أخرى

فقطعهما يقتص للأولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه أن القطع الثاني انما يورث الشبهة في القصاص لأنه فعل مقصود وأما ذهاب العين بالسرية فليس بفعل مقصود فقوله (لأنه ليس بفعل مقصود) الضمير فيه عائد إلى ذهاب العين بالسرية ووجه هذا التوجيه يندفع ما قال في النهاية أن في قوله لأنه ليس فعلا مقصودا نظرا وأن الصواب ما ذكره في الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فإنه رجع الضمير إلى الفعل الثاني فاختلف الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ما ذكر من الدليلين الأول بالنسبة إلى الأول والثاني إلى الثاني (وقال وزفر) تركيب غير جائز ولو قال وقالهما وزفر كان صوابا وقوله (والوجه من الجانبين

وينبغي أن يجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) وكذلك لو كسر سن رجل فأسود ما بقي ولم يحل خلافا وينبغي أن يجب الدية في السن كله (ولو قال أقطع المفصل وأترك ما ليس أو كسر القدر المكسور وأترك الباقي لم يكن له ذلك) لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كالوشجه منقولة فقال أشبهه موصفة وأترك الزيادة لهما في الخلافة أن الفعل في محلين فيكون جنائتين مبتدأتين فالشبهة في أحدهما لا تعدى إلى الأخرى كن رمي إلى رجل عدا فأصابه ونفذ منه إلى غيره فقتله يجب القود في الأول والدية في الثاني وله أن الجراححة الأولى سارية والجراححة بالمثل وليس في وسعه الساري فيجب المال ولأن الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا الحمل متحد من وجه لا اتصال أحدهما بالآخر وأورثت نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لأن أحدهما ليس من سرية صاحبه وبخلاف ما إذا وقع السكين على الأصبع لأنه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع أصبع أفسدت إلى جنبها أخرى فإلا قصاص في شيء من ذلك) عند أبي حنيفة وقالهما وزفر والحسن يقتص من الأولى وفي الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد بن المسائل الأولى وهو ما إذا شجر موصفة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيه ما الآن الحاصل بالسرية مباشرة كافي النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافة الأخيرة لأن الشلل لا قصاص فيه فصار الأصل عند محمد على هذه الرواية أن سرية ما يجب فيه القصاص إلى ما يمكن فيه القصاص بوجوب الاقتصاص كالوالت إلى النفس وقد وقع الأول نالما ووجهه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبب لا يرى أن الشبهة بقيت موجبة في نفسها لا قود في التسبب بخلاف السرية إلى النفس لأنه لا تبقى الأولى فانقلب الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الأعلى رواية ابن سماعة (ولو أؤخذ موصفتين

نظرا انتهى أقول يمكن أن المراد به الثاني والمراد به كون السمع والكلام مبطلين كون محللهما متورغا تابعا للحس بخلاف البصر فإن محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغي أن يجب الدية في المفصل الأعلى وفيما بقي حكومة عدل) أقول أقتل أن يقرر هذا بخلاف وبناء في ما ذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقنا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما إذا قطع أصبع رجل فسلت يده فإن مقتضى ما أسلفه أن يجب في الكل الدية ويدخل الجزء في الكل على خلاف ما ذكره ههنا اللهم الآن يكون بناء اختلاف ما ذكره في المقامين على اختلاف الروايتين في المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشريعة ههنا حيث قال وذكر الدرر السمين يد في الجامع على نحو ما ذكرهنا

قد ذكرناه أنما يريد قوله ومن شجر رجلا موصفة فذهبت عيناها الخ وقوله (أن يجب القصاص فيهما) أي في الشبهة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشبهة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيه ما في الأول دون الثاني لأنه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لوجب القصاص اعتدرا باعتباره المساواة بخلاف البصر فإن ذهابه كان بفعل مقصود ويجب القصاص فكذلك بسرية الموصفة وقوله (بخلاف الخلافة الأخيرة) يعني قوله وأن قطع أصبع أفسدت إلى جنبها أخرى وقوله (لا يرى أن الشبهة بقيت موجبة في نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العنين عند أبي حنيفة والقصاص في الموصفة والأرض في العنين عندهما

وقوله (فأنا كنا) أي صارنا واحدة بالكل (فهو على الروايتين) أي الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعني لأشخاص على المشهور وفيه ما انفصل على رواية ابن سماعة (وعن أبي يوسف أنه إذا قلع سن بالغ فثبت مكانها أخرى بحكم سنة عدل) يمكن أن لا انفصال يقوم وليس به هذا إلا ما يقوم به هذا إلا ما فيجب ما انتقص منه بسبب الإلم من القيمة وقوله (فثبت سن الأول) يعني بغير عوجاج وان ثبت معوجا (٣٣) يجب حكمة عدل قوله (ولهذا يستأني حولا) أي يؤجل سنة

(بلاجماع) وقال في التمهة
 حتى يبرأ موضع السن
 لا الحول هو الصحيح لأن
 نبات سن البالغ نادر فلا
 يفيد التأجيل وليس بظاهر
 وإنما الظاهر ما قال المصنف
 لأن الحول مشتمل على
 الفصول الأربعة ولها تأثير
 فيما يتعلق بيدن الإنسان
 فلعل فصلا منها يوافق
 مزاج المجني عليه فيؤثر
 في إنباته ولكن قوله
 بالاجماع فيه نظر لأنه قال
 في الذخيرة وبعض
 مشايخنا قالوا الاستئناء
 حولا في فصل القلع في
 البالغ والصغير جميعا لقوله
 صلى الله عليه وسلم في
 الجراحات كلها يستأني
 حولا وهو كثرى ينافي
 الاجماع وقوله (فاختلفا قبل
 السنة) أي قال المضروب
 انما سقط سنني بضربك
 وقال الضارب بسبب آخر
 وقوله (ليكون التأجيل
 مفيدا) يعني أن التأجيل
 انما كان لظهور عافية الأمر
 فلو لم يقبل قوله كان
 التأجيل وعدمه سواء وقوله
 (وان اختلفا في ذلك) أي
 في سقوط السن بعد السنة

فأنا كنا فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فثبت مكانها أخرى سقط الأرض في قول
 إلى حنيفة ودالا عليه الأرض كاملا) لأن الجنابة قد تحققت والحادث نعمة مستدأ من الله تعالى وله
 أن الجنابة انعدمت معنى فصار كما إذا قلع سن صبي فثبت لا يجب الأرض بالاجماع لأنه لم يفت عليه منفعة
 ولا زينة (وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة عدل) لكن الإلم الحاصل (ولو قلع سن غيره فرد صاحبها في
 مكانه أو ثبت عليه اللحم فعلى القالع الأرض بكلمة) لأن هذا مما لا يعتد به إذا عروق لا تعود (وكذا إذا
 قطع أذنه فالصحة أفتحت) لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فأنزع المتروعة سنة
 من النازع فثبت سن الأول فعلى الأول لصاحبه خمسمائة درهم) لأنه تبيين أنه استوفى بغير حق لأن
 الموجب فساد المنبت ولم يقصد حيث ثبت مكانها أخرى فانه عدمت الجنابة (ولهذا يستأني حولا
 بالاجماع وكان ينبغي أن ينظر إلى أس في ذلك لأشخاص الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق
 فانه كقضا بالحول لأنه ثبت فيه ظاهرا فإذا مضى الحول ولم تثبت قضينا بالقصاص وإذا ثبت تبيين أنا
 أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الآن لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب
 إنسان سن إنسان فحركت يستأني حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجده القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد
 سقطت سنة فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا
 بخلاف ما إذا ضربه موصحة فجاء وقد صارت منقولة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموصحة
 لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر في السقوط فافترقا (وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب)
 لأنه ينكر أثر فعله وقدمضى الأجل الذي وقته القاضي اظهور لا أثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط
 لأشئ على الضارب) وعن أبي يوسف أنه يجب حكومة الإلم

وذكر في الإسلام البردوى في مبسوطه أجعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فقل الباقي فانه
 يجب في الكل الأرض ويجعل كاه جنابة واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع)
 أي يؤجل سنة بالاجماع وذكر في التمهة أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول
 هو الصحيح لأن نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل إلا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الأرض لأنه
 لا يدري عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك أجمالا وليس بظاهر وإنما الظاهر ما قال
 المصنف لأن الحول مشتمل على الفصول الأربعة ولها تأثير فيما يتعلق بيدن الإنسان فلعل فصلا منها
 يوافق مزاج المجني عليه فيؤثر في إنباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لأنه قال في الذخيرة وبعض
 مشايخنا قالوا الاستئناء حولا في فصل القلع في البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم في الجراحات
 كلها يستأني حولا وهو كثرى ينافي الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لأن الذي ينافي لاجماع مما نقله
 عن الذخيرة أنه هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أي مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو
 عدم اجماع المشايخ لعدم اجماع المجتهدين وحراد المصنف بالاجماع في قوله ولهذا يستأني حولا
 بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ واتفقاء أحد الاجماعين لا يستلزم اتقاء الآخر

(قوله وبعض مشايخنا قالوا الاستئناء حولا في فصل القلع في البالغ) أقول يعني بعض المشايخ قالوا الاستئناء حولا وسنين
 انما هو في الصغير وأما في البالغ فلا يستأني (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام في الجراحات كلها يستأني حولا) أقول اعلم أن في سن الصبي
 يستأني حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف أبي يوسف والتفصيل في غاية البيان ثم لا يخفى علينا أن ما ذكره الشارع لا يدل على نفي
 الاجماع في سن البالغ الابتسكف (قال المصنف وأن اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل
 على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها وثبت ذلك بالبينة أو بالنسكول

وقوله (وسنين الوجهين) أي وجهه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله (يجب الارش كاملا) وقوله (لماذا كرنا) يعني قوله لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما إذا كانت السن من الاضراس التي لا ترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالعيب في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخر من حكومة عدل لأنه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحرة (٣٣١) والخضرة والسودا لانها لا تكون لون الانسان بحال فكان

مفوت بالجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شج رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنين الوجهين بعد هذا وقوله (الأن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه أبحر الطبيب وجهه أن تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لا تقوم الا بعدد كالأجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو شبهته كالأجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيئا وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني اذا ضرب رجلا مائة سوط فبحرجه فبرئ منها وبقى أثر الضرب فعليه أو شه

وسنين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولم تسقط ولكنها السودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا يسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لا قصاص لماذا كرنا (وكذا الواجر أو الخضر) ولو اضر فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه انما لزمه الطبيب وعن الدواعي بفعله فصارك أنه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لا تقوم الا بعدد أو شبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبحرجه فبرئ منها فاعليه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما الالم يبق أثره فهو على اختلاف قدمضى في الشجة الملتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

ألا يرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروى اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروى اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبهه أن يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطقي في الاحناس عن فواد أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا ينتظر به حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضى عليه بأرثها وذلك لأن نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطقي أيضا قال في المجدول نزاع بين صبي بينه وبين القاضي أن يأخذ ضميمنا من النازع للزوع سنه ويؤجله سنة من مذموم نزاع سنه فإذا مضت سنة ولم تثبت افتصله وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأني حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذ بما ذكر في المجدول دون رواية خلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة من افعال الاجماع ولم يجعل ما ذكر في التهمة من افعاله حيث لم يورد النظر به مع كونه منافاه اياه اظهر على تقدير رجل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحب الكفاية ومهرج الدراية قوله ولهذا يستأني حولا بالاجماع بخلاف رواية التهمة (قوله ولم تسقط ولكنها السودت يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أو جب محمد كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

(٤١ - تكملة ثامن) وان لم يجرحه فلا شيء عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف

قدمضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب أرش الالم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد

(قوله دون الجمال لأنه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير ففيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول بخلاف لماذا ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه ثمن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لا طراده دونه

وقوله (لأن الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانما يبدل النفس بمجموع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلا جرحاً لم يقتل منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتل منه في الحال اعتباراً بالقصاص في النفس وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولأن الجراحات يعتبر فيها ما أكلها إلاها إلا أن حكماً في الحال غير معلوم فلعلمها تسرى إلى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الأمر بالبرء قال (وكل عمدة سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل أرض وجب بالصلح فهو في مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً الحديث وهذا عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأنشبه شبه العمد والثاني يجب حالاً لأنه مال وجب بالعقد فأنشبه الثمن

في البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجراح في أعلى التفصيل إن كان السن من الأضراس التي لا ترى إن فاتت منفعة المضغ بالأسود اديجب الأرض كاملاً ولا يجب حكومة العدل وإن كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرض بالأسود وإن لم تفت منفعة لأنه قوت بجلا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم إلى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل أنه مخالف لما ذكره قيسل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الإنسان التي ترى ليست بقصد منها بالذات وإن حصلت فيها أيضاً في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للإنسان وما ذكره قيسل فصل الشجاج من كون الجمال تابعاً لعماد وفي الأعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كلبس ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لأنه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر أنفاً انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط أما أولاً فلأن هذا الحديث كجواب موقوف عن ابن عباس والشعبي روى أيضاً مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفاً عليه ومرفوعاً إلى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرض الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعاً إليه بلاريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانياً فإنه على ما روى موقوفاً أيضاً يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لأنه مما لا يعلم بالرأي بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع ضمانة للصحابي عن الكذب والجحراف ويصير الموقوف في كلفه على ما تقر في علم الأصول وهو في الكتاب حراراً فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر أنفاً والذي مر منه أنفاً يصير جواباً عن نظره هذا فإنه قال هناك روى محمد بن الحسن في موطئه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرض المملوك وهذا لا يعلم إلا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصانته عن الكذب والجحراف إلى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره هذا كما لا يخفى (قوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأنشبه شبه العمد) أقول إن فيه ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لأن المصنف قال في أوائل كتاب الجنائيات أثناء بيان أن من موجبات

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول في أول فصل ومن قطع يدرجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمداً الحديث) أقول وفي الكفاية ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا مادون أرض الموضحة قوله ولا عبداً أي لا تعقل عاقلة الإنسان ما جنى على عبد فيما دون النفس لأن الأطراف في العبد يملك بها ممتلك الأموال والعاقلة لا تعقل الجنائيات المالية حتى لو قتل عبد إنسان خطأ فالقيمة على العاقلة لأنها بدل الدم ودم العبد لا يسلك به ممتلك الأموال وقد قيسل أن المراد أن العبد إذا جنى جنابة فالمرء هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا في الاوضح انتهى ورد في القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقبل وعن عبد فإنه فرق بين عقلة وعقلت عنه انتهى وسيجيء جوابه على التفصيل

وقوله (واذا قتل الأب ابنه عمدا) كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي
وقوله (لا سيما إلى زيادة) يعني المجهل فإنه زائد على المؤجل (٣٣٣)

وهو معروف فأوجب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدرو قوله (لما روي) يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عترافا وقوله (عمده) أى عمدا كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أى بالمال وانما فيه لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهم ما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أى ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لانهم ما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بوجوب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنه أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الأصل ذلك

قال (واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة لان الأصل أن ما يجب بالتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخطأ وهو إذا عمدا فلا يستحقه ولأن المال وجب جبراطقه وحقه في نفسه حال فلا يتخير بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبهه العمد وهذا لان القياس بأبي تقوم الأدعي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا مجلا فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدر لا يجوز وصفا (وكل جنابة اعتزف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلة) لما روينا ولان الاقرار لا ينعبدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جنابة موجهة خسمائة فصاعدا او المعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله عمده عمدا حتى تجب الدية في ماله حالة لانه عمدا حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهم ما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلة وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرجحة والعقل الخطأ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر وأولى به هذا التخفيف ولان سلم تحقق العمدية فانها ترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني تحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها استتارة ولا ذنب تستر لانهما ماهر فوعا القلم

شبهه العمد الدية المغلظة على العاقلة والأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا يعني يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الأول ههنا مالا وجب بالقتل ابتداء لو وجب على العاقلة على مقتضى الأصل المذكور ههنا مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به أيضا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فإنه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبهه العمد (قوله واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعتذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدرى والبداية أيضا بدون بيان خلاف الشافعي أصلا فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدرى اياه في مختصره قبل سنين متكررة وهل يتفوه العاقل بعمل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمختصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الإطلاق فإنه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلا بل يخصه بالخطأ كما يفصح عنه تعليمه المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي في العمد وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الأول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضى أفراد حكمها تلك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمسيسة للاعتذار المذكور أصلا

(قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فإنه زائد على المؤجل) من حيث (الوصف في المالية) أقول قوله في المالية متعلق بقوله زائد

فصل في الجنين عتب أحكام الاجراء الحقيقية أحكام الجنين له كونه في حكم الجنين من الام (واذا ضرب بطن امرأة ألقت جنينا متافيه غرة نصف عشر الدية) غيرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسبى بدل الجنين غرة لان الواجب عبده والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدرته في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل) وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم (لان نصف العشر من عشرة الاف والعشر من خمسة الاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شيء لأنه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالثلث فان قيل (٣٣٤) الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا

فصل في الجنين قال (واذا ضرب بطن امرأة ألقت جنينا متافيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

فصل (الجنابة) في الجنين لما ذكر أحكام الجنابة المتعلقة بالآدمي من كل وجهه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجهه دون وجهه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في أصوله أن الجنين مادام محتسب في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفسه ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو أوارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد له ذمة صالحة ولهذا الواجب على مال انسان فأنقلبه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله) وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة استدراكه بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لأن عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بالارباب اذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر دية الرجل لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فافادة هذا التفصيل الفارق بين الذكرو والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدة أن لو لم يقسم نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فإنه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفقد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقسيد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تميم ما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشئ انتهى أقول ورد على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزءا من فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزءا من اتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شيء من الدية على ما مر تفصيله والظاهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة أنه لا يكل أرضه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لاتقوم انتهى نذر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الاتقصان الا ان تمكن اه ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

لا يجب في جنين البهيمة الاتقصان البهيمة ان تمكن

فصل في الجنين (قوله) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارسة (قوله) وقيل لان غرة الشيء أوله) أقول أول الشيء الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لم يولد فلا يجب شيء) قال المصنف قال معناه دية الرجل أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكرو في الانثى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكرو والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم بجوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم

أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف

عشر دية ان كان ذكرا وعشر دية ان كان أنثى فكذا في جنين الامة فيجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الانثى محل هو حي) أقول أي هو حي بقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلة ولذا لم تعتبر الأعداد في قصة زفر وهو اذنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالانزع على خلاف القياس

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالآخر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا ينحلو من أنه مات بضر به أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضر به تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا تجب شئ فسكت زفر فقال له السائل أعتقتك سائبة فجاء زفر الى أبي يوسف فسأله عنه فأجاب أبو يوسف بعثل ما أجاب زفر فأجابه بعثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كذا كرنا آنفا ويحتمل أنه رجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة تبوتاً صحيحاً الامن (٣٣٥) حيث اعتبار صفة المسألة وقوله (إذا كان

خمسمائة درهم) قيل

فيه دية احترازاً عن جنين

الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ

خمسمائة ورد بان ما يجب

في جنين الامة هو في مال

الضارب مطلقاً من غير

تقييد بالبلوغ الى خمسمائة

على ما سيجيء وقيل له

وقع سهمان الكاتب

وكان في الاصل اذ كان

خمسمائة تعليلاً لكونها

على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و يروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالآخر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة) عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ليس بسديد فان تيقن كونه معد للحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم حينئذ ينمى استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم مالم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالخى في ايجاب ذلك الضمان بانلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد به هذا احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخى لكن هذا لا يتضح لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشرح أيضاً ذكرنا التوجيه الذى نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهم والقلم وينبغي أن يكون اذ يسكون الذال بلا ألف بعد هاء يعنى أنها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل مادون انتهى وقد نقل صاحب الغاية هذا التوجيه ولم يتعرض له برّد بعد أن نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل قيد به احترازاً عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل له وقع سهمان الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلاً لكونها على العاقلة انتهى الثانى أيقن أن معنى التعليل كونه على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذ تبلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كادونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفاً حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقاً من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عدم سقط القصاص فيه بتشبهه ووجوب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضاً فيما فوقها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل

أعتقتك سائبة) أقول كانوا

في الجاهلية اذا أعتقوا

على أن لا ولاء للمعتق قالوا

أعتقته سائبة او هو من سبب

الماء أى جريه وسبب الدابة

اهمالها (قوله وهذا دليل

على أن قول زفر هو وجه

الاستحسان) أقول أى

الوجه الثابت بالاستحسان

(قوله وقال في الذخيرة قوله

وجه القياس) أقول أى

الوجه الثابت بالقياس

(قوله قيل قيد به احترازاً عن جنين الامة)

أقول ولعل الاولى أن يقال احترازاً عنه فان ما يجب فيه

ليس مقدراً بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها شرعاً (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة)

أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعنى بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة)

أقول المضاف مقدرة أى بعد البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذ لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا

حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل اذ كان خمسمائة)

أقول قوله اذ يسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة)

أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذ بلغت قيمته دية الرجل فالخلص ما ذكرنا من ملاحظته

التقدير شرعاً

وقوله (في ماله) أي في مال الضارب (لأنه بدل) (٣٣٣) الجزء) أي جزء الأذى فصار كقطع أصبع من أصابعه وقوله (دوه) أي

أدواته أمر لمخاطب من
أدوى وهذا الحديث حديث
جل بن مالك بالخاء المعجمة
والميم المفتوحة بن قال كنت
بين جارتين لي فضربت
أحدهما ما بطن صاحبها
بعمود فسطاط أو عسطح
خمس فالتفت جنينا ميتا
فاختصم أولياؤها إلى
رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال عليه السلام
لأولياء الضاربة دوه فقال
أخوهما أذى من لأصاح
ولا استهل ولا شرب ولا
أكل ومنله دمه يطل فقال
عليه السلام أسجع كسجع
الكهان وفي رواية دعني
وأرجيز العرب قوم وفدوه
الحديث ففيه التنصيص
على إيجاب الدية على العاقلة
وقوله (الآن العواقل)
جواب عما يقال الحديث
يدل على أن الدية على العاقلة
قليلة كانت أو كثيرة وأنتم
قديم بقولكم إذا كانت
خمس مائة درهم وقد
علمت ما يراد عليه من النظر

وقال مالك في ماله لأنه بدل الجزء ولأنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا
سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندى من لأصاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل
مادون خمس مائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا
يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه
السلام جعله على العاقلة في سنة

الفتايل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره
الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الأمة مطلقا بأن يكون معناه إذا كانت
خمس مائة درهم على البتة بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا إنما يكون في جنين الحرة فإن الواجب
في جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حيوانا كان ذكر أو عشر قيمته حيوانا كان أنثى من غير تعيين قدر
معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمس مائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك
في ماله لأنه بدل الجزء) أقول في تعليقه نظر لأن مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الحائز بل لا بد
من أن يكون البدل أقل من خمس مائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمس مائة درهم وقد مر قبيل
هذا الفصل أن عبد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جنابة موجبة خمس مائة
فصاعدا ويمكن أن يقال إن مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما إذا كان أقل من ثلث
الدية كما صرحوا به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المخالف
على المختلف تأمل تنق (قوله ولأنه بدل النفس) ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول
في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحيث فانه عليه السلام سمي كثيرا
من بدل الأعضاء والأجزاء دية ألا يرى إلى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي
الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا
كتب لعروة بن حزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي أحدهما نصف الدية إلى غير ذلك
فليتأمل في الدفع (قوله الآن العواقل لا تعقل مادون خمس مائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا
يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا إذا كانت خمس مائة وكأنه يقول إذا كانت الغرة أقل من خمس مائة
درهم لا تعقل العاقلة ولنا فيه نظر لأن جنين الأمة لا وجوب على العاقلة أصلا لأن الواجب في
جنين الأمة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لأن قول المصنف الآن العواقل لا تعقل
مادون خمس مائة إنما يدل على أنها تعقل خمس مائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر
عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات ففهوم قوله المذكور أنهم ان تعقل خمس مائة فصاعدا
في الجملة لا أنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الأمة إذا بلغ خمس مائة حيث تكون
على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب الغاية قول المصنف الآن العواقل لا تعقل مادون خمس مائة
جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قديم بقولكم إذا
كانت خمس مائة وقد علمت ما يراد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من
النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الأمة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد
بالبلوغ إلى خمس مائة إلا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان أنفا ثم أقول
في تقرير مراد المصنف هنا خلل إذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الأول فلأن مدلول الحديث
المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمس مائة درهم
بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمس مائة درهم تكون أيضا

من لأصاح ولا استهل) أقول يعني أدوى دية من لم يصح ولم يستهل يعني لم يرفع صوته عند الولادة

وقوله (لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها
وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو غلط يكون إذا كان
أكثر من نصف الأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بغيره لأنه لو كان نصف
العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها (٣٧) على من وجب يجب في ثلاث سنين)
صورته أن يشترط عشرون

ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا
بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث
الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لأن كل جزء منها على من وجب
يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذكر والأنثى) لا طلاق ماروينا ولأن في الحيين إنما ظهر
التفاوت لتفاوت معاني الأدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر عقدا واحدا وهو خمس مائة (فإن ألقته
حياتما ثم ماتت ففيه دية كاملة) لأنه أناف حيا بالضرب السابق (وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية
بقتل الأم وغرة بالقائها) وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وإن ماتت الأم من
الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حياتما فعليه دية في الأم ودية في الجنين) لأنه قاتل شخصين
(وإن ماتت ثم ألفت ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين) وقال المشافعي يجب الغرة في الجنين لأن
الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية
على العاقلة حتى يتوجه أن يقال أنه يناق تقييدكم بقوله كم إذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلأن
الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد
قول المصنف الآن العواقل لاتعمل مادون خمسمائة لأن يكون معجولا به في مقابلة ذلك الحديث دون
بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قررره (وقوله ولأنه إن كان بدل النفس من حيث
أنه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة) أقول لقائل أن يقول لم يعكس الأمر أي لم يعمل في حق التأجيل
بالشبه الأول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطالب ههنا ولا يظهر في تقرير
التعليل ههنا ما ذكر في الكافي أخذ من المبسوط حيث قال ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس
مودعة في الأم حتى يتفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال
فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فلا يثبت من التأجيل إلا القدر المتيقن أنه يندبر تفهم
(قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب
النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو يدل من أقل أي إذا كان ذلك الأقل أكثر من
نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها أو أكثر وكلاهما غير صحيح لأنه لا يبقى بدلا حيث
انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب النهاية قوله لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية
أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها أو أكثر قال
الشارحون وكلاهما غير صحيح لأن المراد أن يكون الأقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو غلط
يكون إذا كان الأكثر من نصف الأقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك إلى هنا فلفظه أقول فيه
شيء وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا بين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة
على الأول تدافعا لا يخفى في اللهم إلا أن يكون مراده قصر الصحة على الأول من الرواية لا من حيث
حال حياة الأم ومات الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

وقوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بغيره لأنه لو كان أكثر من نصف العشر
موجبلا إلى سنة فالقائل أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترط عشرون ربعا في قتل رجل خطأ) أقول فيه أن
الأول أن يقول مثلا إذا اشتراك

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنيناً ميتاً لا احتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانع فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوده وحى احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لقياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الأمه الخ) يعني جنين ولأنه إذا كان ذكر أو لم يكن الحمل من المولى (٣٣٨) ولأن المغرور نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان

ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يمتنع بموتها أن تنفسه بنفسه فلا يجب الضمان بالشك قال (وما يجب في الجنين موروث عنه) لأنه بدل نفسه في رثته ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألفت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها) لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفي جنين الأمه إذا كان ذكر انصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجهه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل

سداد المعنى حينئذ يدفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو والعاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي إذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الأقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالأكثر نظر لأنه إذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية إلى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب الغاية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالأكثر ليس عقيداً لأنه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكانت إرضاء وأشار صاحب الكفاية إلى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الأولى لكن التقريب أنما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجباً في سنة لأن الغرة مة قدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلاً بها انتهى أقول فيه أنه نظر لأننا سلمنا أنه إذا كان ما دواً أكثر من نصف العشر مؤجلاً بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضاً مؤجلاً بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلاً كأقل من نصف العشر أو يكون مؤجلاً بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يمتنع بموتها أن تنفسه بنفسه) فلا يجب الضمان بالشك اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما إذا ألفت جنيناً ميتاً لا احتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفع فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ما ذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس مانع فيه في معناه لأن فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوده وحى احتمال عدم نفع الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الأم وبسبب تخنق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لقياساً ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذنا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

أنه وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتاً على لونه وعيئته لو كان حياً فينظر كم قيمته ويجب نصف عشر ذلك إن كان ذكر أو عشرة إن كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لأنه لو كان منه ما لم يمت الغرة لكونه حراً فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لا نكراه الزيادة وإن تعذر الوقوف على ذكر رثته وأثنته نأخذ بالمتيقن

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسيب للموت يوجب الضمان أيضاً فينبغي أن يجب وجوبه أن يجب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فإن حياته مشكوكه وهذا ليس في معناه حتى يلحق به

لكثرة الاحتمالات هناك ذاقيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للتخصيص من دليل فليست أمهل بل يمكن التخصيص بالمباشرة بأن يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل أنما يستند حقيقة إلى المباشرة وقوله وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الإلحاق (قال المصنف وفي جنين الأمه إذا كان ذكر انصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي إذا كانت حاملاً من زوجها لا من مولاهما لكون الولد قريباً ولأن مغروراً لأنه لو كان الحمل من مولاهما أو من المغرور يجب الغرة ذكرنا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج إلى هذا التقييد

قوله (لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان) يعني في الاصل ألا ترى أنه اذا فاعل السمن فنتنت مكانه أخرى لم يجب شيء وهما بدل الجنين واجب وأن لم يظهر في الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسانية لا الجزئية (فيقدر بها) أي بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف قال في المبسوط ثم وجوب البديل في جنين الامة قول أبي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبي يوسف وعنه في رواية أنه لا يجب الانقصاص الا ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء كما في جنين البهيمة وقوله (فنظرنا إلى حالتي

(٣٣٩)

اعتبارا بحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لامشكوكا في حياته اعتبارا بحالة التلف لا يقال هذا اعتبار بحالة الضرب فقط اذا الواجب في تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لا يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب الغرة وقوله (ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب) يعني تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانية يجب على الضارب مائتا درهم وقوله (على ما نذكر كبريائه بعد هذا) يعني في جنابة المملوك والجنابة عليه في مسألة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت في النفوس المطلقة) أي الكاملة بالنص فلا يتعداها إلى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجري في العتوبات وليس غير المطلقة نظير

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده ما على نذر ان شاء الله تعالى فصع الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا لاياء وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عنده ما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة في الجنين) وعند الشافعي يجب لانه نفس من وجهه فيجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البديل قالوا إلا أن يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع (والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام) لا طلاق ماروينا ولا لانه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان به هذا القدر يتميز من العلة والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة إلى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون إرادته مع جوابه مذكور في شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هناك مقبولا عند هذا القائل فامعني ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساد فكهانه لم ينظر إلى ما في شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب إرادته أصلا والذي ذكر في شرح تاج الشريعة هنا كذا فان قلت عموم قوله عليه السلام في الجنين غرة بعد أو أمة يتناول المتميز فيه قلت لا بد من اضممار فيصير كانه قال في اتلاف الجنين غرة والشك واقف في ذلك انتهى تأمل في تفصيل جوابه له سمعت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجه كما هو الظاهر من سياق تعليقه يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجهه لا يكون هذا دليلا على مدعا ناذرة لما قاله الشافعي من أنه جزم من وجهه وضمان الاجزاء يؤخذ بمقدارها من الاصل فليتأمل

(٤٣ - تكمله ثامن) المطلقة حتى يلحق بها دلالة ألا ترى أنه لا يجب كل البديل والباقي ظاهر لا يحتاج إلى شرح

(قوله لجواز أن لا يكون حيا فلا تجب قيمته حيا هناك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لا يكون حيا وقت الضرب ثم لا يكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلة والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضعة إلا أن يراد التميز التام الكامل

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسيباً والاول اولى بالتقديم امالانه قتل بلا واسطة واما الكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرح من قبل هو البرج وقال نحر الاسلام جذع يخرج منه الانسان من المائط لبيتي عليه والعرض بالنفم الناحية قبل الراديه هنا أبعد الناس منزلة أي أضعفهم وأرداهم ووجه الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة أشياء في اباحة العمل وفي الخصومة وفي ضمان ما يتلف به والمدعيه في الكتاب الخصومة وتعرض للزعر ولم يتعرض للمنع الاعلى قول محمد فان فيه سلافاً بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً أن ينع من الوضع سواء كان فيه ضرراً ولم يكن اذا أراد الوضع بغير إذن الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق (٣٣٠) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون في احداثه شرعاً فهو كالأذن له الامام

باب ما يحدث الرجل في الطريق

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفاً أو ميزاباً أو جرساً أو بنى دكاناً أو رجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض بكافى المالك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً فكذا في الحق المشترك قال (ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق ما في معناه به اذا المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً أو ميزاباً الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف بأضرارهم أو لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعدى الوصول الى اذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكماً كي لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكماً قال (واذا أشرع في الطريق روشنأ أو ميزاباً ونحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلة) لانه مسبب لتلفه متعذب بشغله هو الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

باب ما يحدث الرجل في الطريق

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع في بيان أحكامه تسيباً وقدام الاول لكونه أصلاً لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعاً فكانت أمس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذي عمله أن ينتفع به مالم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليحق به ما في معناه اذا المانع متعنت أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفاً للذي عملها مالم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الأئمة ودليله المذكور في الكتاب لا يتمشى الاعلى أصل محمد أما أولاً لان قوله فليحق به ما هو في معناه ليس بتمام على أصل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذ قد صرح في الشروح وعامة المعبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلماً كان أو ذمياً

وأما الخصومة في الرفع فالمدكور في الكتاب قول أبي حنيفة وقال ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالأذن من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد فيه فالذي يحدث يريد أن يجعها في يده نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار في يده فالذي يخصه به يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبي حنيفة فهو المذكور في الكتاب وقوله (ويسع للذي عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام أي لا ابتداء ولاجزاء يعني متعدياً عن مقدار حقه في الاقتصاص

لان الضرر بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضررك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذاً وأما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ بيان ذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعني في الغالب قال نحر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة المالك فقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على المالك غالباً فاقم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أي سواء كانوا متلازمين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع في الطريق روشنأ) وهو المراد على العلوي بيان لوجوب الضمان

باب ما يحدث الرجل في الطريق

(قوله وتعرض للزعر ولم يتعرض للمنع) أقول يعني ان الخصومة نارة فتكون للزعر وتارة للمنع فتعرض للاول دون الثاني (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضاً (قال المصنف واذا أشرع في الطريق روشنأ) أقول روشن هو الرف عن الأزعري وعن القاضي الصدر الممر على العلو وهو مثل الرف كذا في المغرب وفي القاموس الزوشن السكة

وقوله (مما ذكرنا في أول الباب) يعني الكنيف والميزاب والجرصن وقوله (والضمان على الذي أحسنه فيهما) يعني ضمانهما على المحدث ولا ضمان على الذي عثر به لانه مدفوع في هذا الحالة والمدفوع كالألة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لانه إما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصابه جميعا وعلم بذلك أو لم يعلم أي الطرفين أصابه والجملة مذكورة في الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعني أن الكندارة وحرمان الارث انما يجب بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والاساوى الملك غيره كافي الرمي قيل ان كان قتل حقيقة فالقياس شمول (١٣٣) الوجوب في الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه

وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب (وكذا اذا عثر بنقصه انسان أو عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقه على آخرها فافالضمان على الذي أحسنه فيهما) لانه يصير كالمدفع (وان سقط الميزاب طرفان أصاب ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فيه لما انه وضعه في ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطر فان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهذا النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف (اعتبار الاحوال) ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركه المشتري حتى (عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بئوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع في الطريق جرفا فحرق شيئا يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حر كنه الرمح الى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه) لنسخ الرمح ففعله وقيل اذا كان اليوم يحيا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها بفعل مباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضررا ولم يكن اذا أراد الوضع بغير إذن الامام لان فيه الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تديبره فذلك أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والاتفاق به يشتمل على أمر منكر على أصله ما وهو الاقتيات على رأى الامام فيما اليه تديبره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك في معنى المرور الذي لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الخافق ذلك به وأما ما ينافي لانه قوله اذا المانع متعنت ليس بتمام أيضا على أصله ما قطعنا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبنا ذلك ودليله ما الذي أقامنا عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب) قال الشراح يعني الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هذا مستدرك لان ما مر أنفا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله واذا أشرع في الطريق روضنا أو ميزابا أو نحو هذه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ما ذكر في أول الباب أما الميزاب فصراحة كما ترى وأما غير ذلك فبعموم قوله أو نحو هذه فلا حاجة الى ما ذكره المصنف هنا بل لأوجه اللفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا عثر بنقصه انسان أو عطبت به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وقيل اذا عطبت به دابة يجب ضمانها في ماله صرح به في الكافي وغيره وكلمة كذا انقضت الاشتراك في الجواب وهو غير متحقق في قوله أو عطبت به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا انها هو التشبيه والتشريك في مجرد وجوب الضمان لافي وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا عثر بنقصه

فيها والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدي للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه في الطريق ما ليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عدأ وخطا ولم يوجد شيء منهما وقوله (اعتبار الاحوال) يعني يعلم يقين انه قتل الجراحة ولا يعلم انه بأى الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلا ضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله (ولو أشرع جناحا) ظاهر وقيل المشتري متعد أيضا بترك الرفع مع امكانه شرعا وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسيب ولم يوجد منه ذلك فصا ركن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لا ضمان لانه ليس بمباشر ولا متسبب واستشبه بكل أيضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى

صاحبه بالنقض فلم ينفذ حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لا ضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقص بعد التقدم اليه والجواب أن ضرورية صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة تخريج الجناح بشغل هو اعطى طريق المسلمين تعدى بالرمي بالبيع وقوله (ولو حر كنه) أي الجرح قيل فيه تلويح الى أن الرمح ان هبت بشره فاحرق شيئا وجب الضمان لان التعدي كان بوضع الجرح وهو باق في مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم يحيا يضمنه) هو اختيار شمس الأئمة السرخسى والاول أعنى الاطلاق في عدم الضمان اختيار شمس الأئمة الحلواني وقوله (وقد أفضى اليها) أي الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الرمح

(قوله يعني يعلم يقين انه قتل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعل جاع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج الفعل له أخرجهوا جناحا على فناء دارى فان لم يبق حق ذلك ولم يعلم الفعل غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيئا قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الأمر قياسا واستحسانا لانه واجب بامرهم ان يرجعوا به عليه كالأستأجر ليدفع شأله ثم استحققت بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الأمر وان قال أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له في ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيئا قبل الفراغ من العمل فعليه الضمان ولم يرجعوا به على الأمر (٣٤٣) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتيلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطيته به ذابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التسهيل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لأخرج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للأجراء ابتوا جناحا على فناء دارى فانه ملكي أولى حتى اشترع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العمل بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الأمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما ان الضمان وجب على العامل بأمر الأمر فكان له أن يرجع به عليه كالأستأجر غير ليدفع له شاة ثم استحققت الشاة بعد الذبح فلا مستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الأمر لانه غتره كذا اذا وان قال المستأجر للأجراء أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح أو لم يخبرهم حتى ابتوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الأجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كالأستأجر ليدفع شاة جارية فذبح ثم ضمن الذابح الجازم يرجع به على الأمر وكذا لو استأجرهم لينبوا بينا في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث ان الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عما بهما واطهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه مملوك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه في هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارضاء جهور الشراح لكنه مشكك عندي من وجوه الاول انهم قالوا في تعليل جواب القياس في الوجه الثاني والثالث من الوجوه التي ذكروها لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق في ذلك لافيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الأمر في هذه الصورة وقد سبق وهما في وضع المسئلة في الوجه الثاني والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق اشترع الجناح من القديم

لانه أمرهم بمالك مباشرة بنفسه وقد علموا بفساد الأمر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليدفع شاة جارية فذبح ثم ضمن الذابح الجازم لم يرجع به على الأمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الأمر لان هذا الأمر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجهه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فن حيث ان الصحة يكون قرار الضمان على الأمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عما بهما واطهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان الأمر انما يصح من حيث انه مملوك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما

تحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرق ما بين ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما في الكتاب لانه محله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العمل وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب لانا نقول اشترع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجي من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعي بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبب وهما مباشرة انتهى فقام مثل في الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صح الاستحجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة واصلا حافا نقل فعلهم اليه فكأنه فعل
بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فغضب به انسان أو دابة وكذا اذا رث الماء
أو بوضا) لانه متعد فيه بالحق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من
أهلها أو قعدا أو وضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيه الكونه من ضرورات السكنى كما في الدار
المشتركة قالوا هذا اذا رث ماء كثيرا بحيث يرقى به عمادة أما اذا رث ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه
لا يرقى به عادة لا يضمن

أولم يخبرهم - والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير يخرج من حيث
ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ
من العمل مع أن مدخلة هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعه ولم
يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل
الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك بأشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من
حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل
الفراغ من العمل بناء على فساد الأمر - والثالث أنهم قالوا في الوجه الأول الضمان على الإجراء ويرجعون
به على الآخر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي
الاستحسان يكون الضمان على الآخر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب
الاستحسان على الآخر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الأول أيضا اذا
كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآخر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآخر أنه
ملكى أولى حتى ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور مع الاشتراك بينهم في سائر الأمور
كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليقها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل
المنقول عن شيخ الاسلام بل أباه جدا قال المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل
فراغهم من العمل والاخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا
وقال في تعليل الأول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير
داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون
الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الآخر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أي في الوجه
الأول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الآخر بأن له حقا
في ذلك لأن فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآخر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان
إخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم إخبارهم بذلك سببا قطعيا يقتضي أن لا يتم في صورة السقوط
قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكره ورجوعهم بالضمان على الآخر قياسا واستحسانا في الوجه
الأول من الوجوه التي ذكرها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب
على العامل بأمر الآخر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل
فراغهم من العمل صار مخالفا للأمر الآخر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الآخر فكا كان وجوب الضمان
عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم ويقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الأول بما لو استأجر غيره
ليسبح شافله ثم استحققت بعد الذبح فلم يستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآخر في صورة
السقوط قبل الفراغ من الفعل فان فعل الذابح هنالك لم ينقلب مأهوا خارجا عن العقيد بل وقع على مأهوا
الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآخر بحكم التنوير بخلاف ما نحن فيه في
صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت أعرف أن بعض الفضلاء قال هذا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صح الاستحجار)
يعني بالنظر الى أن له أن
ينتفع بفناء داره فبالنظر الى
هذا كان أمره معتبرا ووقع
فعلهم عمارة واصلا حافا
فانتقل فعلهم اليه فكأنه
فعله بنفسه ولو فعله بنفسه
يقتضي بشرط السلامة
لكونه غير مملوك له فكذا
اذا أمر به وقوله (بخلاف
ما اذا فعل ذلك) يعني الضم
والرش والوضوء وقوله
(كما في الدار المشتركة) يعني
أنه أن يفعل فيه مأهوا من
ضرورات السكنى وهو
اعتبار بطي الملك بحقيقته

(ولو تعمد المروور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجرد موضع المروور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المروور على موضع صب الماء مع علة بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش بجمع الطريق يضمن لانه مضطر في المروور وكذلك الحكم في الخسبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حائوت باذن صاحبه فضمن ما عطف على الأمر استحسانا واذا استأجر أجير البني له في فناء حائوته فمعهقل به انسان بعد فراقه فئات يجب الضمان على الأمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الأمر قال (ومن حفر بئر في طريق المسلمين أو وضع حجرا قلقت بذلك انسان فدينه على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمنها في ماله) لانه متعمد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تحمّل النفس دون المال فمكأن ضمان البهيمه في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخسبة لما ذكرنا من اختلاف ما اذا كنس الطريق فعطف بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بتعمد فانه ما أحدث شيئا فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة وله هذا محب الكفارة فلا فرق بين علم العلة وعدم علمهم بفساد الأمر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبب لا نأقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبهه بذي الشاة وسيجي من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخفى من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الأمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهم ابل وجب الضمان على الأمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الأمر لوجب عليه الكفارة لمحالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذي الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لافي صورة السقوط بعده والذي سيجي من الشارح أيضا لا بد وأن يحتمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لافي الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا لفعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فمعهقل بعافيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المروور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر أنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسألة رش الماء تغاير مسألة صب الماء وقد ذكرهنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المروور في موضع صب الماء وذكرا الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بأنه انما فعل هكذا اعناء الى اتحاد مسئلتى الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بتغايرهما ما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجير البني له في فناء حائوته فمعهقل به انسان بعد فراقه فئات يجب الضمان على الأمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر واذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للاستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله (في فناء حائوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لخواجه الدار كريط الدابة وكسر الحطب وقوله (فمعهقل) أي تثبت وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الأمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الأمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للاستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء لغيره فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الأمر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة ثقب في وسط البيت وكذلك البالوعة وذ كر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأى
افتعال من الفت وهو السبق وقوله (وكذا الجواب على هذا) (٣٣٥) (التفصيل) يعني انه لو فعله بأمر من له

الولاية في الامر لم يضمنه ولو
فعل بنفسه من غير أمر
أحد ضمنه وقوله (عما
ذكرناه) يعني من أول
الباب الى هنا من اخراج
الكنيف والميزاب والجرح
وبناء الدكان واشراع
الروشن وحفر البئر وقوله
(وغیره) يعني ما لم يذكره
في الكتاب كبناء الظلة
وغرس الشجر ورمي النجس
والجلوس للبيع وقوله
(وكذلك ان حفره في ملكه
لا يضمن) يعني كما اذا أمره
الامام حفره في طريق
المسلمين لم يضمن ما تلف به
كذلك اذا حفره في ملكه
وان لم يأذن له الامام وقوله
(وكذلك اذا حفره في فناء
داره) يعني وان لم يكن
الفناء ملكه وقيل جازله
ذلك اذا كان الفناء مملوكا
له أو كان له حق الحفر بأن
لا يضرب لأحد أو أذن له
الامام أما اذا لم يكن كذلك
فانه يضمن

الكناسة في الطريق وتعتقل بها انسان كان ضامنا لتعديده بشغله (ولو وضع حجر افتحاده غيره عن موضعه
فعطب به انسان فالضمان على الذي شجاه) لان حكم فعله قد انتسخ ففراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل
الثاني موضع آخر (وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان أمره السلطان بذلك
أو أجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعدي حيث فعل ما فعل بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وان
كان غير أمره فهو متعدي) اما بالتصرف في حق غيره أو بالافتيات على رأي الامام أو هو مباح مقيد
بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره
لان المعنى لا يختلف (وكذا ان حفره في ملكه لا يضمن) لانه غير متعدي (وكذا اذا حفره في فناء
داره) لانه ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه

فراغ الاحر ولم يتعرض له الشارع أيضا فتبصر (قوله وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل
في الطريق فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان
اكرامه فقوله أو أجبره كالعطف التفسيري اه أقول ليس هذا بسيدلان كون مجرد الأمر من السلطان
اكرامه ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كما نص عليه في السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر
الامام ليس باكرام فإذن يكون قوله في الجامع الصغير أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان
بذلك مبني على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراما قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن
لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبره عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال في غاية البيان في تعليل هذه
المسئلة وذلك لان الامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقال في العناية وذ كر رواية الجامع
الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولا شك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان
عن الفاعل صرح به في عامة المعبرات فيكون قوله أو أجبره عليه مسئلة أخرى لا محالة وأما كون
قوله أو أجبره عليه عطفًا تفسيريًا فاعلم الاوجه له لان العطف التفسيري لم يسمع في كلمة أو ومعناها أيضا
لا يساعد ذلك وانما شاع ذلك في كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقي لنا شيء في قول محمد أو أجبره
عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان
بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعًا فيما اذا أجبره عليه فافائدة ذكر قوله أو أجبره عليه بعد قوله فان أمره
السلطان بذلك نعم لو قال فان أجبره السلطان على ذلك أو أمر به لكان له حسن ليكون الثاني من
قبيل السترق تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مما ذكرناه ما ذكره من أول الباب الى هنا من اخراج
الكنيف أو الميزاب أو الجرح من الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البئر وزاد
صاحب العناية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ما ذكر في الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر
ورمي النجس والجلوس للبيع أقول ومما ذكره من أول الباب الى هنا صلب الماء في الطريق وكذا رش الماء
أو التوضي فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيئًا من ذلك مع التزامهم البيان
والتفصيل حتى ذكروا جميع ما وقع في الباب قبل ما ذكرناه وما بعده وان زعموا أن الجواب فيما ذكرناه
خلاف الجواب فيما ذكرناه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ما ذكر في
الكتاب مع انه قد ذكر في الكتاب حيث قال ولو استأجر بدار الفعلة لاجرا جناح أو الظلة فوقع
وقتل انسان الخ ويمكن أن يعتذر عن الثاني بأن الكلام هنا فيما فعل في طريق العامة وقد جعل
الشراح مسئلة استئجار الفعلة لاجرا جناح أو الظلة المذكورة في الكتاب فيما أمر على ما فعل في فناء
الدار لا في طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في

(قوله والبالوعة ثقب في
وسط البيت وكذلك البالوعة)
أقول وهذا المعنى لا يلائم
المقام (قال المصنف فان
أمره السلطان بذلك أو
أجبره عليه لا يضمن)
أقول الأمر من السلطان
اكرامه فقوله أو أجبره
كالعطف التفسيري وإذا

أذن ولم يأمر ينبغي أن لا يكون متعديا اذا لاقتيات

وقوله (شذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن إذا كان الفناء جماعة المسلمين أو كان مشتمرا كالأذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً) أي انخفاً بالعفونة قال في الصحاح يوم غم إذا كان يأخذ النفس من شدة الحزن وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة أنه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فإن الفقه معه أنه لا يرى أنه لو حبس رجلاً في بئر حتى مات غماً فإنه لا ضمان عليه بخلاف (٣٣٣) ما لو مات فيه من الوقوع لأن أثر فعله وهو العنق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر

وقيل هذا إذا كان الفناء بماله أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعدد أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتمراً كأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبب متعدد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعاً أو غماً لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه مات بلغى في نفسه فلا يضاف إلى الحفر والضمان انما يجب إذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله إن مات جوعاً فكذلك وإن مات غماً فالخافر ضامن له لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يخص بالبئر وقال محمد بن عوف ضامن في الوجوه كلها لأنه انما يحدث بسبب الوقوع إذ لو لم يكن الطعام قريباً منه قال (وإن استأجر أجراً حفره وحاله في غير فئانه فذلك على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنه في غير فئانه) لأن الأجرة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إليه لأنهم كانوا مغرورين فصار كما إذا أمر آخر ببيع هذه الشاة فذهب بها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لأن الأجر مباح مباشر والأمر مسبب والترحيل للباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور ويوجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والاجر

الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وإن استأجر أجراً حفره وحاله في غير فئانه) يعني بأن كان الفناء للغير أو طريقاً للعامه ولكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها في غير فئانه أولاً فإن كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شيء على الأجراء لأن الأجرة صحت ظاهراً إذا لم يعلموا ذلك ويكفي لنقل الفعل إلى الأمر لأنه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الأجر فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة إلى ذلك فذلك فعلهم إليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لأنهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شيء على الأجراء وصار هذا الأمر في صحته ظاهراً أو كون المأمور مغروراً كالأمر ببيع شاة ظهر فيها استحقاق الغير إلا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الأمر لكونه مباشراً أو كون الأمر مسبباً والترحيل للباشرة فيضمن ويرجع للغرور وهو ما يجب على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والاجر

الكتاب بناءها في طريق العامة أو أنهم جعلوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الإنسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعد وما استأجر رب الدار لفعله لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله الأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمم فيما فعل في فناء الدار أيضاً وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضاً فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر (قوله وكذا إذا حفره في فناء داره) يعني وإن لم يكن البناء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول برده عليه أنه ينافي ما ذكر في حر من المسئلة المقررة المجمع عليهم وهو قوله وإذا استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حائوته فتعقل به إنسان بعد فراغه فمات يوجب الضمان على الأمر استسحاناً فأملاً (قوله وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر فيه) قال جهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد وأذن له الإمام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيره خلل أما في الأول فتلا قول المصنف أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتمراً كالخ بآباه جدها فان عدم الضرر لا حد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتمراً كما أيضاً وقد جعل الحكم فيها أخلاقاً ما إذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فتلا أنه إذا أذن له الإمام بجوزة التصرف في طريق العامة أيضاً فلا يضمن ما عبط فيه كما مر آنفاً ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك أن حفره في ملكه لم يضمن وكذلك إذا حفره في فناء داره وأن الخافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون إذن الإمام أيضاً وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك أن حفره في ملكه لم يضمن يعني كما إذا أذن له حفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك أن حفره في ملكه بلا إذن الإمام لم يضمن فلامعنى لجل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون إذن الإمام أيضاً على التقييد بآذن الإمام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكاً أو كان بحيث

(قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أي من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال المصنف وقال أبو يوسف إن مات جوعاً فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلاً عن الأسيباني فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمه الله

غير متعد والمستأجر متعد فراجع جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه
 وليس باغترور بن قينتي الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفي عبارته تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور
 بدني ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب ان يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطواب
 بالفرق بين هذه المسئلة وبين الامر باشرع الجناح فان الاجراء عنك اذ لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا وجعوا على الامر وهما لم يضمنوا

أصلا والجواب ما أشار اليه
 المصنف في ذم شاة غيره
 بأن الداج مباشر والامر
 مسب وقد تقدم أن اشراع
 الجناح كذبح الشاة اذا
 ظهر استحقاقها (وان قال
 لهم هذا فماني) ظاهرا وقوله
 (فكان الامر بالحفر في
 ملكه ظاهرا بالنظر الى

غير متعد والمستأجر متعد فراجع جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره
 بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فماني وليس لي فيه حق الحفر
 الحفر واومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فاغروهم (وفي
 الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا لانه لا يملك الا في التصرف
 فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
 بالنظر الى ما ذكرنا فكفي ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعد
 رجل المرور عليهم فاعطب فلا ضمان على الذي عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة في الطريق فتعمر رجل
 المرور عليها)

ما ذكرنا) يعني قوله لا تطلق
 يده في التصرف الخ فان
 قيل قوله ليس لي فيه حق
 الحفر يخالف هذا الظاهر
 وهو صريح فلا تعتبر الدلالة
 بمقابلته أوجب بان قوله
 ليس لي فيه حق الحفر
 يحتمل أن يكون مراده
 ليس لي ذلك في القديم
 وهكذا لفظ المبسوط
 فيكون الصريح مشترك
 الدلالة فلا يعارض الدلالة
 قال (ومن جعل قنطرة
 بغير اذن الامام) كلامه
 وان خ

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم
 التعدي أما اذا كان الفناء للجماعة المسلمين أو كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان
 لوجود التعدي انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نعمة في الظن وبور من جهة الفساد حيث شرح قوله
 أو كان له حق الحفر فيه بان قال أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جهور الشراح في أن يرد
 عليه ما يرد على الوجه الاول من وجهي تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال في تعديل ذلك لانه اذا لم يلحق
 الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي ويرد عليه أن التقييد بشرط
 السلامة يقتضي الضمان عند الهلاك كما صرحوا به في مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان
 عند الهلاك لعدم التعدي فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندي أن معنى
 قوله أو كان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقفا عليه
 بالانتفاع فيه أو كان مما استأجره للانتفاع فيه أو شؤ ذلك فحينئذ ينتظم السابق واللاحق بلا غبار كما ترى
 (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل
 مضافا اليهم قال صاحب العناية في عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى
 كون المأمور به في ملكه حتى يصح التعديل بقوله لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن
 يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدارج التسامح في عبارة
 المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور في تمام التعديل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح امره
 بما ليس بمملوك له أشار الى انتفاء صحة امره حقيقة وقوله ولا غرور إشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى
 لم يصح امره حقيقة لان انتفاء الملك في المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ما ذكره المصنف
 تعديل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو
 المناسب (قوله فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا) يعني قوله لان كونه فناء له بمنزلة
 كونه مملوكا لانه لا يملك الا في التصرف فيه الخ قال في العناية أخذنا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس
 لي فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أوجب بأن قوله ليس لي فيه
 حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لي ذلك في القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك
 الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول في الجواب بحث لان كلمة ليس انفي مضمون الجملة حالا عند جهور

(قوله وفي عبارته تسامح الخ)
 أقول لا تسامح اذا مراد أنه
 لا يصح امره حقيقة لان انتفاء
 الملك في المأمور به ولا
 ظاهرا لعدم الغرور فقوله
 لان صحة الامر لا تحتاج
 الخ ان أراد صحة الامر
 حقيقة فغير مسلم وقد دل

(٣٤ - تكمله ثامن) عليه قوله سابقا لوقوف على صحة الامر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فسلم ولا يفيد كما لا يخفى
 (قوله بالنظر الى ما ذكرنا يعني قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول في الفعل
 بقول المصنف لانهم علموا بفساد الامر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجامع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعد باظهار وأما بناء القنطرة فلان الباني قوت خفيا على غيره فان التدبير في وضع القنطرة على الانهار العظام من حيث تعيين المكان والضيق والسعة للامام فكان جنابة بهذا الاعتبار والجنابة تعد لامحالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق (٣٣٨) وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

لان الاول تعد هو تسييب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخال فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الخافز مع الملقى قال (ومن جل شيئاً في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشيء قاصد حفظه فلا خرج في التقييد بوصف السلامة والادب لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحاً مطلقاً وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلأ وجعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة

الحاجة على ما نقرر في موضعه حينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير في حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكامة ليس وان كانت النفي مطلقاً الا أن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الزمنة فهو على ما قيديه وأما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحتمل الايجاب عليه في تخويز يد قائم كذا حقه الادب والسي واستحسنه الرضى وفيما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحتمل الايجاب عليه قطعاً لم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الاجراء قياساً لانهم علموا بفساد الامر فباغروهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دالة ذلك وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندى في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في الاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتر كابان كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي أيضاً قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فباغروهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلاً أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون اذن الشر يك فاسد لانه تعد ولهذا الوجه به بنفسه فتلف به انسان أو به جمعة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستنداً كحضا وثانيه ما أنه لو كان مراد المصنف بذلك لذكر قوله

وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك الشيء فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملها والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ إشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان مسوت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (مالا يلبسه عادة) يعني مثل البدن والجوارح ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله لعدم عموم البسوى به وقوله (للعشيرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن)

يعنى اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد وقوله (وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فإراد الفرق بين اللفظين بنفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازاً لا خصوصه ألا يرى الى دليته والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد جعل قول الشراح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعني اذا لم يكن الباني موجودا ما اذا كان ف نصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال ابو الليث رحمه الله
وبه نأخذ الا ان نصب شخصا القوم بدون من هو اصيل منه ويجوز ان يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم أولى
بنصب الامام والمؤذن والباني أولى بالجماعة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم غير أهله) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا
سبقوا بها فله ليس لغيرهم أن يكرروا الجماعة وقوله (وقصد) (٣٩٣) القرية لا ينافي الغرامة) جواب

عن قولهما لان هذه من
القرب وقوله (كما اذا انفرد
بالشهادة على الزنا) فانه
قصد القرب به لكن أخطأ
الطريق فان شرطها أن
يكون الشهود أربعة ممن
تسمع شهادته فاذا انقضت
انقلبت قذفا واستوجب
الحد قال (وان جلس فيه
رجل منهم فعطب به رجل
الخ) وان جلس في المسجد
رجل من العشرة فعطب
به رجل فاما أن كان في
الصلاة أو لم يكن فيها فان
كان في الصلاة فلا ضمان
عليه سواء كانت الصلاة
فرضا أو نفلا لان النفل
بالشروع يصير فرضا وان
لم يكن فيها بل كان قاعدا
لغيرها ضمن عند أبي حنيفة
رحمه الله وقال لا يضمن
على كل حال

(قال المصنف وقال
لا يضمن في الوجهين
جميعا) أقول قال السكاكي
وهما اذن الامام أو العشرة
أو عدم اذنهم ما وبه قال
الشافعي في وجهه ومالك
وأحمد قال الحلواني وأكثر
مشايخنا أخذوا بقولهما
في هذه المسئلة وعليه

وقال لا يضمن في الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد مأذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولا يحنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد
لأجله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابيه وأغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم غير أهله
فكان فعلهم مباحا مطلقا غير متقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة
وقصد القرب لا ينافي الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه
الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان
في غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهي قوله وان كان رداءه قد لبسه فسقط فعطب به
انسان لم يضمن اذا لوجه لنا آخر يريان ما في المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال
صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف
على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعطير ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر
عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف
عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف تصور صحة
الغنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أنجب من هؤلاء الشراح كيف جلاوا امراد المصنف ذلك
المتقن الخبر على ما ياباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا
اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندي أيضا فانه مصون عن المحذورات
المذكورة كلها وورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ
اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان يسقط الرداء
عليه غير متصور انتهى أقول رده مردود اذا لا يحقني أنه يتصور أن يسقط الرداء على قم الصغير بل على قم
الكبير أيضا في حالة النوم بل في حالة اليقظة أيضا فيحقق بذلك فيموت نعم تحقيق مثل هذه الصورة نادر
لكن إمكان وقوعه كاف في تميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب
العناية بوجه آخر فقال ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين
بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن التعطير ولو
سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هذه النظمه أقول كل من مقدمات
كلامه كاسد أما قوله يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق
بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن التعطير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير
فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغوم من الكلام ههنا ومثله لا يليق
عن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذي هو علم في التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس
مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله
فلان عموم الدليل لا يقتضي عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط في انتاج الشكل الاول مع كون
النتيجة خاصة (قوله وقال لا يضمن في الوجهين جميعا) أي فيما اذا فعل ذلك أحد من العشرة وفيما اذا فعله

الفتوى كذا في الذخيرة انتهى كلام السكاكي وقوله وهما اذن الامام الخ محمل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول قوله
بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح فان القعود لها محمل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف فالاولى القصر على قوله أول
يكن فيها

(ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعني منتظرها) أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تذكر أنه قال وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان ذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس (٣٤٠) كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام

ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

أحمد بن غير العشرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقال لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشرة أو عدم اذنها وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هما بما ذكره اذن الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو لتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة يعني منتظرها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه ماراً أو وقع فيه حديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خال فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قصد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قصد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قصد كراهته أو يسبحه أو يقرأ القرآن فغيره انسان فمات وأما فيما اذا قصد الحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً فغيره انسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لاحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضاً تفصيلاً عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الإطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا إلى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تذكر أنه قال وإن كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالساً لقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان ذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤالي وجوابه ساقية أما في الأول فلان وضع المسئلة فيما قال وإن كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وإن كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه ماراً وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفاً فكيف يكون هذا بياناً لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاقاً

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق) أقول نظم الكلام في سبط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لا ينتظر الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالاجماع وذكره في الاسلام والصدور الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة

أنه اذا قصد فيه حديث أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه ماراً ضمن عنده وقال لا يضمن وإن قصد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو لاذكر اختلاف المتأخرين فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقاً (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الآن يقال لاكثر حكم الكل وله

وقوله (له) ما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر) قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسجد له فيها بالغدوة والاحمال وقوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لأن المسجد موضع السجود لا يرى أن المسجد اذا ضاق على المصلي كان له ازعاج القاعدة فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لأنه يطلب موضوعه الاصل في دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لأجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكرنا من الاتيين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونهم من ضرورات الصلاة (٣٤١)

الموضوع الاصل وما ألحق به والباقي واضح

فصل في الحائض المائت

لما كان الحائض المائت

يناسب الجرح والروشن

والجناح والكنيف وغيرها

ألحق مسائله بها في فصل

على حدة قال (واذا مال

حائض الى طرفي المسلمين

الخ) أخذ الشافعي رحمه

الله في هذه المسئلة بوجه

القيام ولم يوجب الضمان

وعلمنا ونارجهم الله

استحسنوا ايجاب الضمان

وهو مروى عن علي رضي

الله عنه وشريح والنخعي

والشعبي وغيرهم من

التابعين رحمه الله

والوجه من الجانبين مذکور

في الكتاب

(قال المصنف لهما ان

المسجد انما بنى للصلاة

والذكر ولا يمكنه أداء

الصلاة بالجماعة الا

بانتظارها فكان الجلوس

فيه مباحا لانه من ضرورات

الصلاة) أقول لا يخفى

عليك أخصية الدليل من

أما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أو لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجمنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا أو الجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرحى الى الكافر أو الى الصيد والمنشئ في الطريق والمنشئ في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشرة فيه للصلاة فتعقل به انسان ينبغي أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فذلك واحد من المسلمين أن يصلي فيه وحده

فصل في الحائض المائت قال (واذا مال الحائض الى طرفي المسلمين فطوبى صاحبها) ينقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفسه أو مال

المشايع على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لاننا لم نبيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختارا للمصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازي فيمنع على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعلم سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ما ذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختلاف كلامه كاختلاف كلام ذلك الشارح في شرحه كما من حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالثبت جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار الما اختاره أبو بكر الرازي فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه حديث فان شيئا منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

فصل في أحكام الحائض المائت لما ذكرنا أحكام القتل الذي يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرعا في بيان أحكام القتل الذي يتعلق بالجماد وهو الحائض المائت وكان من حقها أن تؤثر عن مسائل جميع

المدعى الآن الحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لأن المناط هو الاباحة ألا يرى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فانه ما حينئذ يحتاج الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذکور في الكتاب فهو اباحة معلة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لأن المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة المعللة بما ذكر (قوله لأن المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوي (قوله ألا يرى) أقول هذا دليل شرعي (قوله وما عرف الناس الخ) أقول هذا دليل عرفي

خريف حازك النفس وقوله (رتقها لها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه في النقض وعلى أنه مات من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لأن كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق بدق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان سائلك هذا اخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيئا ولو قال ينبغي أن تهدمه فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صيبا أو امرأا أن مال الى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار أو سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طواب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا ممانعة شرط هو متعدي فيه لان أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصارت كقابيل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشغل دواعي طريق المسلمين بملكه ورفعته في يده فاذا تقدم اليه وطواب بنقضه يجب عليه إذا امتنع صارت متعديا منزلة ما وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طواب به كذا أخذ باختلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلالا الثوب قبل الطلب ولان المثل يجب عليه الضمان بمنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيمضرون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعليق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل دفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس يجب الدية وتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاحتياط به وما تلف به من الاموال كالذواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهي الحائط لا يقدم التعدي قال (ولو بني الحائط مائلا في الابتداء فالو يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعدي ابتداء كاف في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل واحد أو اثنين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترتيب في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير تركه جناية ويستوى أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كاهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا لا كان أو امرأا حرا كان أو موكنا ويصح التقدم اليه عند الساطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتعذر كل صاحب حقه قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذلك بازالة ما شغل هواها ولو أجاد صاحب الدار وأراد منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق للجماعة المسلمين وليس اليها ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما شهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية تترك اليه مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم يفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضمان لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طوب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمترين والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى أبي اليتيم وأمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات

الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا أن الحائط المائل لماسب الجرح من والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل أنه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفرغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم الى أحد الزورقة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

فمنزل في الحائط المسائل (قوله مسلما كان أو ذميا أو صيبا) أقول أي مأذونا أو عيدا كذلك قال والمصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه

وقوله (لان فعل هو لاء كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الصبي والتقدم اليهم كالتقدم على الصبي بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لما هدر القتل بسقوط الحائط اذ بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بأن التقدم اليهم جعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايته ما بانقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم انهم ما في ترك الهمد بعلمان للصبي وينظر ان له فكان الضمان في ماله فان قيل الوصى اذ ترك النقص بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن في ترك النقص دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤنة النقص وبناءه ثانيا وفي نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شيء فكان تركه أنظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (في عنق العبد) يعنى يباع فيه كإيساع في ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكننا استحسننا الفرق بينهما فقلنا العبد في ضمان التزام المال كالحرفائه ينفعك الخرج عنه في اكتساب سبب ذلك وفي التزام ضمان الجنابة على النفس كالحجور عليه لان فك الخرج بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك في الدار للمولى رتبة وتصرفا والعبد خصم من جهته ألا ترى أنه لو ادعى انسان حقا في دار يدهم أذن له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبي حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤ و ٣٥) تقدم ما الى المولى من وجه وتقدم ما الى

العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الخرج بالاذن لم يتناول ذلك وفي ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحرفائه كما هو وقوله (ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ما ذكر في الكتاب وأما جواب القياس فهو وأن لا يضمن أحد منهم شيئا أما

والضمان في مال اليتيم لان فعل هو لاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقص له ثم التالف بالسقوط ان كان ما لا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجهه على المولى وضمان المال أبقى بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائض وحده تمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فقتل بالقتل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفرغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقص ضمنه) لان التفرغ ينعى اليه اذا النقص ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقص

ما ذكره هناك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيئا أما الذى تقدم اليه فلم عدم تمكنه من النقص وأما غيره من الورثة فلم عدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك في المبسوط وذكر في الشروح أيضا فيما سيجيء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد هنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يمينه كمن منه وحده أو مع مشاركة غيره ومن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا وأحد الورثة في المسئلة الآية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده إلا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتفاء (قوله والضمان في مال اليتيم) أقول في هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تالف بالحائط المائل ان كان من

الذى تقدم اليه فلم عدم تمكنه من النقص فلم يكن التقدم اليه مقيدا وأما غيره من الورثة فلم عدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي من واحد منهم في ترك التفرغ والجواب أن الاشهاد على جماعةهم يتعدى عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القتل الثاني (لان التفرغ عنه) أى القتل الاول برفعه مفقوض الى أولياءه لأنهم الذين يتولون دفنه وطواب بالفرق بينهم ما بين ما اذا وقع الجناح في الطريق فقتل انسان بنقصه ومات ثم تعثر رجل بالقتل ومات فان دية القتلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح في نفسه جنابة وهو فعلة فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتل في الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح في الطريق ومن ألقى شيئا في الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يهلك تفرغ الطريق عنه بخلاف المسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجنابة وبعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به حائلا لكن جعل كالفاعل بترك النقص في الطريق مع القدرة على التفرغ والتفرغ مع القدرة وجد في حق النقص لافي حق القتل فلذلك جعل فاعلا في حق القتل الاول لافي حق القتل الثاني وبهذا يعلم حكم ما عطب بالنقص وقد ذكر في الكتاب واضحا

(قوله فكان تركه انظر للصبي فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغي أن لا يقدر الوصى على النقص لان عدمه انظر قلنا المراد هو الاظهار من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم في نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مقيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) يعني الجرد بسقوط الحائط يشي إلى أنه لو وقعت الجرد وحدها فأصبحت انسانا فلا ضمان عليه لأنه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعق الثقل والعق كافي قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلال وإذا كان كذلك يضاف إلى ذلك الأصل يعني أن الجزء (٤٤٤)

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفرغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمه) لان التفرغ يغى إلى ملكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا وحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطبت به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه مدر فمكنا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلقة واحدة وهو الثقل المقدر والعق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلقة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلال وإذا كان كذلك يضاف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربعين بقدرا للملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الآن عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم الأولوية والله اعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

قال (الراكب ضامن

النفوس بحب الدية على عاقلة صاحب الحائط لافي ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فمكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لافي تلف النفوس فمما عني الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق (قوله لهما ان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وينصب من لم يشهد عليه مدر فمكنا قسمين فانقسم نصفين كافي عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقال عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الاول فكان قاصر في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما ما وفي مسألة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اه والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطنة فاكتفى بذلك ولولم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام غلام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسألة حفر البئر وحده بل هو مسألة حفر البئر وبناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليق لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ما فرغ من بيان أحكام جنابة الانسان شرع في بيان أحكام جنابة البهيمة ولاشك في تقدم الانسان

العلقة الواحدة ثم تقسم على أربعين بقدرا للملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فنترك الاشهاد في حق الباقيين لايزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا يخرج مسألة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والاخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين (وقوله بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما مر في عقرا الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الان عند المراجعة أضيف إلى الكل لعدم

الأولوية) يضاف اليه وإذا أضيف إلى الكل وبعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فمجعل غير المعبر شيئا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبرا أحدهما واهدرالا آخر والله تعالى أعلم

باب جنابة البهيمة والجنابة عليها

ذكر جنابة البهيمة والجنابة عليها اعقب جنابة الانسان والجنابة عليه في باب على حدة مما لا يحتاج إلى بيان

(قوله أي فعلى كل واحد منهم ما من حافر البئر وباني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحاد من جمع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يبطأ محمد وفيه وتقديره أوطأت الدابة يدها أو رجلها
 إنسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) يدل من قوله لما أوطأت الدابة والكدم العض بعدم الإنسان والخطب الضرب باليد
 والصدم هو أن تضرب الشيء بمجسده ومنه اصطدم الفارس أن اذ ضرب أحد هما الآخر بنفسه ويقال نفخت الدابة الشيء إذا ضربته
 بجذعها أو علم أن جنابة الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لأنها إما أن تكون في ملك صاحبها أو في ملك غيره أو في طريق المسلمين فإن كانت
 في ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متناضلا فإما أن يكون صاحبها معها أو لا يكون فإن كان الثاني لم يضمن صاحبها واقفة
 كانت الدابة أو سائرة ووطئت يدها أو برجلها أو نفخت أو كدمت وإن كان الأول فإما أن يكون سائرا أو قائدا وإما أن يكون راكبا
 عليها أو لا فإن كان الأول لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها أتلفت نفسها أو لا لأن صاحبها في هذه الوجوه متسبب لا اتصال أثر فعله
 بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن إذا كان متعديا ولا تعدى في إيقاف الدابة أو تسييرها في ملكه وإن كان
 الثاني وهو يسيير فان ووطئت يدها أو برجلها ضمن وإن كدمت أو نفخت يدها أو برجلها أو ضربت يدها فلا ضمان لأن في الوجوه
 الأولى صاحب الدابة مباشر لا تلاف لأن ثقله وثقل الدابة اتصالا بالمتلف فكانهما واطئا جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن
 وفي الثاني متسبب غير متعدوان كانت الجنابة في ملك غير صاحبها فإما أن أدخلها (٣٤٥) صاحبها فيه أولا فإن كان الثاني فلا
 ضمان عليه على كل حال

لأنه ليس بتسبب ولا مباشر
 وإن كان الأول فعليه
 الضمان على كل حال سواء
 كان معها سائرا أو قائدا
 أو لا واقفة أو سائرة لأن
 صاحبها إما مباشر أو متسبب
 متعدي أو ليس له إيقاف
 الدابة وتسييرها في ملك
 الغير بغير إذنه وإن كانت في
 طريق المسلمين وقد أوقفها
 صاحبها فعليه ضمان
 بالاقاف متسبب متعدي

لما أوطأت الدابة ما أصابت يدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا إذا صدمت ولا يضمن
 ما نفخت برجلها أو ذنبها

على البهيمية رتبة فكذا ذكرنا كذا ذكر في النهاية ومعراج الدراية أقول برده عليه أنه لم يفرغ من بيان
 أحكام جنابة الإنسان مطلقا بل بقي منها أحكام جنابة المملوك ولا شك أن المملوك من الإنسان أيضا
 مقدم على البهيمية رتبة فكان ينبغي أن يقدم عليها أيضا كرافل يمكن القدر المذكور من التوجيه كافيا
 في إفادة حقيق المقام وقال في غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بهد باب جنابة المملوك
 لفصله النطق في المملوك ولكن لما كانت البهيمية ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق
 هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرح ونحو ذلك اه أقول برده عليه أيضا أنه لو كان
 هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل في الطريق من الجرحية المذكور لما ذكر مسائل هذا الباب
 في باب مستقل بل كان حقها أن تذكر في فصل كما قالوا في فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن
 ما نفخت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفخت الدابة شيئا إذا ضربته بجذعها وقيل
 صاحب النهاية بعد ذلك كذا في الصحاح والمغرب واقتنى أثره صاحب الكناية ومعراج الدراية أقول

(٤٤ - تكمله ثامن)
 صاحبها معها أو لم يكن فإن لم يكن فإما أن سارت بارساله أو انقلبت فإن كان الأول ضمن ما أتلفت مالم تحول عن جهة الإرسال عنة أو يسرة
 لأن إرسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعدوان كان الثاني فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وإن كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت
 راكبا كان أو سائرا أو قائدا إلا النسخة بالرجل أو الذنب لأنه مباشر أو متسبب متعدي والغرض من هذا الإسهاب بيان قول المصنف
 رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة إلى قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على ما إذا لم يكن الراكب في ملكه لأن هذا الجواب إن
 استقام في قوله ما أصابت يدها أو برجلها لا يستقيم في قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما إذا كان في ملكه على ما مر أنفاوذ كر
 الأصل الذي ينبغي عليه هذه الفروع

باب جنابة البهيمية والجنابة عليها

(قوله ذكر جنابة البهيمية والجنابة عليها الخ) أقول فإن قيل ما ذكر في هذا الباب جنابة إنسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على
 عاقفته قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى في البهائم إرادة وأدرا كاصح إضافة الجنابة إليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافي تلك الإضافة
 كما في الجناني والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا لا يبطأ محمد وفيه) أقول القائل هو الثاني (قوله وإن كانت في طريق المسلمين
 وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت في الوجوه كلها) أقول هذا إذا أوقفها الغير المول والروث (قوله وكذا إذا صدمت أنه محمول على
 ما إذا لم يكن الراكب في ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما إذا كان الراكب في الطريق مما ذكره المصنف في معرض التعليل

وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركاً بين كل الناس (كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الانسان لابد له من طريق يعشى فيه لترتيب مهماته فالخروج ذلك خرج وهو مدفوع وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كهو في الاحتياج في النظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقاً وبالنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملاً بالوجهين وبقيصة كلامه واضحة وقوله (والمرتد فيمأذ كونا) يعنى فيمأذ وجب الجنابة (كالراكب لان المعنى) أى المأذ فى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسير على ما أراد (لا يختلف لانها) في أيديهم ونحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضرراً بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فليلتحق به ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد

والاصل ان المروفي طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجهه وفي حق غيره من وجهه لكونه مشتركاً بين كل الناس (كل الناس) أما أنه يتصرف في حقه فلا أن الانسان لابد له من طريق يعشى فيه لترتيب مهماته فالخروج ذلك خرج وهو مدفوع وأما أنه يتصرف في حق غيره فلا أن غيره فيه كهو في الاحتياج في النظر الى حقه يستدعي الاباحة مطلقاً وبالنظر الى حق غيره يستدعي الحجر مطلقاً فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملاً بالوجهين وبقيصة كلامه واضحة وقوله (والمرتد فيمأذ كونا) يعنى فيمأذ وجب الجنابة (كالراكب لان المعنى) أى المأذ فى الموجب وهو المباشرة والتصرف في الدابة بالتسير على ما أراد (لا يختلف لانها) في أيديهم ونحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضرراً بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله في كونه تصرفاً في الدابة فليلتحق به ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد

كون المأذ كور في المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفخته الدابة ضربته بجذعها فرها وأما كون المأذ كور في الصباح كذلك فممنوع اذ لم يتصرف فيه كون الضرب بجذع الحافر بل قال فيه ونفخت المناقة ضربت برجلها ثم أقول بقى اشكال في عبارة الكتاب وهو ان الذي يظهر مما ذكر في كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفخة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها في قوله ولا يضمن ما نفخت برجلها أو ذنبها لانه يقتضى أن تكون النفخة بالذنب أيضاً بلزم أيضاً استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخل في مفهوم النفخة لا يقال ذكرا الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتباراً التأكيد والتجريد معاً بالنظر الى كلمة واحدة في موضع واحد متعذر للتناهي بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التاويل الصحيح أن تحمل النفخة المأذ كورة في الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما ابلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت يدها أو رجلها أو القائد ضامن لما أصابت يدها أو رجلها) هذا اللفظ القدوري في مختصره قال المصنف والمراد النفخة وقال صاحب النهاية في شرحه أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وقال انما فسرهم بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف في النفخة ولولم يفسرهم بهذا لكان للأول أن يؤول ذلك بالوطء وثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اهـ واقتنى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أما أولاً فلا أن الظاهر من قوله هم أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة يدها أو بالاصابة برجلها كليهما هو النفخة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفخة وانما يطلق عليها الخبط اذ ضربت باليد ولولم يطلق النفخة عليها أيضاً بطريق التجوز فلا يجدى هنا اذ لا فرق بين الرطبة باليد والخبط الذي هو الضرب باليد في وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بل لا خلاف أحد فلا معنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانياً فلا أن القدوري لم يذكّر الخلاف في مسألة السائق أصلاً حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت يدها أو رجلها الوطء اثبات الاختلاف في الوطء وانما الذي بين الخلاف

وقوله (والمراد النفقة) أى من قوله لما أصابت يدها أو رجلها وانما فسر بذلك لثلايته وهم ان المراد به الوطء فانه يوجب النسيان على السائق والقائد بخلاف لاحديه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعنى العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعنى بابعاد الدابة عن التلف أو بابعادها عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ما وراء النهر وقوله (ما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام لرجل جبار) معطوف على قوله ما ذكرناه ومعنى جبار هدر ومعهناه النفقة بالرجل لان الوطء منه من بالاجتماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعى (٧ ٤ ٣) رحمه الله لان فعله مضاف اليهم يعنى ان

ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هناك الانتقال بتخويف القتل وهنالك خوف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخر هو - وأن سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفقة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوي ما ذكره بقوله واجبة عليه ما ذكرناه وقوله عليه الصلاة

والمراد النفقة قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفقة يمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفقة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لا مكانه كبحها بالجمامها وبها ذانطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعى يضمنون النفقة كاهم لان فعله مضاف اليهم واجبة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعهناه النفقة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كفى المكروه وهذا تخويف بالضرب قال (وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهم ماسييان بمباشرتهم مباشرت التلف وهو قريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا ان على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو رجلها (ولا كفارة عليها) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله ونقل الدابة تبعية له لان سير الدابة مضاف اليه وهى آله وهما مسيبان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لاحكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكللى وبينان الكفارة وقوله (ما ذكرناه) اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله (على ما ذكرناه) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعنى أن كل واحد منهما بانفراده عامل

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذافر ع تفسيره مراد القدورى بالنفقة لامنشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم ثم أقول الحق عندي ان معنى قول المصنف والمراد النفقة هو ان مراد القدورى بقوله أو رجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفقة وانه انما فسر بذلك ليمتد قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بخلاف أحد (قوله ووجهه أن النفقة يمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والاتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته يدها أيضا فينبغى أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفقة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان في يدها من اللجام فلا يمكنه التحرز

في الاتلاف فان السوق لو انفرده عن الركوب أو جب ضمان ما تلفت بل ووطء كدلت الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليه مانصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عنه وانفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفرده عن الدفع الذى هو مباشرة وتذكر تخصيص العمل ومخلصه فانه من مظانه

(قوله وقوله لما ذكرناه) يعنى قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد باب حتى يتم جوابا ووجه الشافعى في الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى راكبها تكون النفقة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوي ما ذكره بقوله واجبة عليه ما ذكرناه) أقول جواب بطريق المعارضة

وقال (إذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر نسيه وحكم الماشيين حكم الفارسيين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسيين خصوصاً بالذ كر وما ذ كر زفر والشافعي رحمه الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله عنه الزهري فتعارضت روايتاه فبحثنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي لا يرى أن محمدًا ذكر في الأصل أن الراكب إذا أصغر إنساناً فخص المأمور بالذابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتتر كافي الضمان والناخس سائق والآخر راكب فبين هذا أنهم ما يتوهمان والجواب أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشرة إذا كان السبب لا يعمل بافتراده في الاتلاف كافي الحقر مع الالتقاء بأن الحقر لا يعمل بدون الالتقاء وما إذا كان السبب يعمل بافتراده فيشتتر كان وهذا منه فإن السوق متلف وإن لم يكن على الذابة راكب بخلاف الحقر فإنه ليس بمتلف بلا الالتقاء وعند (٣٤٨) الالتقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما كمسألة السنية إذ كل واحد منهما لا يعمل بافتراده وفيما نحن فيه

وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف ذببة الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة ألم نفسه وصاحبه فيه درنصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جرحاً أو حذراً على قارعة الطريق بترافقهما وعليهما يجب على كل واحد منهما ما ينصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كما لا شيء إذا لم يعلم بالبر وقوع فيه إلا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالناثم إذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الذببة فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان قال (وإذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف ذببة الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمة ألم نفسه وصاحبه فيه درنصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمداً أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جرحاً أو حذراً على قارعة الطريق بترافقهما وعليهما يجب على كل واحد منهما ما ينصف فكذا هذا ولأن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستنداً للإضافة في حق الضمان كما لا شيء إذا لم يعلم بالبر وقوع فيه إلا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالناثم إذا انقلب على غيره وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الذببة فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

عما أصابت بيدها أيضاً فينبغي أن لا يضمنه أيضاً فليتأمل في الجواب (قوله وإذا اصطدم فارسان فمات فاعلى عاقلة كل واحد منهما مادية الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسيين في الكتاب بقوله وإذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فإن الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى أن موت المصطدمين في الغالب إنما يكون في الفارسيين اه وقال في العناية أخذنا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسيين لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسيين خصوصاً بالذ كر اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم إذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسيين اتفاقاً أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول يجب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسيين نيراً فإن الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا ينبغي أن اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجاً من مسائل هذا الباب (قوله وروى عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما ما كل الذببة فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه) قال في العناية أخذنا من

الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالباً في الفارسيين خصوصاً بالذ كر) أقول هذا ولعل الأولى أن يقال إنما خصهما بالذ كر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فبحثنا بما ذكرناه) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضاً ترجع جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت وجهتا الترجيح والثاني أن ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحاً والجواب عن الأول أن ما ذكره من نقوض بالواقع في البر عبثية فيكون فاسداً وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أ كدل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فإن قيل القياس لا يصلح مرجحاً لأنه علة ثبت به الحكم والترجيح إنما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتدققنا فبحثنا قولنا بما ذكرناه من الدليل أو نقول القياس إنما يكون علة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يصلح علة وهذا النص موجود فإذا لم يصح علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما إذا كانا عامدين حيث يجب نصف ذببة كل واحد منهما في الممد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضاً انتهى

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره من نقوض بالواقع في البئر عشيبة فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهتها وما ذكره لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه للضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهم انصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشئ مباح (٣٤٩) محض فلم ينه قدموجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان

صاحبه فأناله من غير معارضة أحد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشى جميعا لكن لما كان المشى مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ما ذكر في الكتاب الا أنه ذكر الخطا في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله (فياخذها) أي قيمة العمد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت لميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا ويجب

هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ولو كانا عابدين يهدر الدم في الخطا لان الجنابة تعلقت برقبته دفعاً أو فداً أو قد فأت لا الى خائف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنح ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبداً في الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العمد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادي حتى نقداً خلف بدلا بهذا القدر فياخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العمد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العمد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قد مر ما خلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر ادواته كالاجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد في هذا التسيب لان الوقوع بتقصيره وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل في قيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فان وطئ بعيرانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد مر ما تعدد بابا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدد سبب للضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمن المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأمانة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بها هو وخطئه وبضمنان ماتا فبما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لان قصاص الزمام والسائق يسوق ما يكون قد دامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ما ذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ما ذكره من نقوض بالواقع في البئر عشيبة فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقتا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابله قطعاً لا يرى الى ما تقرر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضوا تساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقت الى القياس اذ يكون القياس اذذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

جنابته فلما ملك الميت ما تحمله العاقلة تسقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يدرجل خطا فتزوجهما على اليد وما يحدث منه فان الدية نصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالسك والباقى واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فأثلفه فانه يجب للضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ما مر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامه واضح

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار الخ) رجل ربط بعير الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم ربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثاني وروى
 وروى المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لمكان تحرزه عن ربط العير فاذا ترك ذلك صار متبهما متديبا والدية في مثل هذه على
 العاقلة كفى القتل الخطا ثم رجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرباط لانه هو الذي أودعهم في هذه العهدة كذا في الجامع
 الصغير ووقع في رواية المبسوط ضمن القائد ثم رجع على الذي ربط البعير ووقع الامام المحمدي رحمه الله بينهم بالدية واعتبر في
 المبسوط حقيقة الضمان (٣٥٠) فانه في الحقيقة على القائد والرباط الا ان العواقل تعقل عنهم ما واعتبر في الجامع

الصغير حال الضمان وقراره
 وهو على العاقلة وان كان
 الاول لم يرجع لان القائد
 حين علم بالربط فقد رضى
 بما يلحقه من الضمان فلا
 يرجعون عليهم بشئ ولم
 يذكروا ظهوره وقوله
 (وانما لا يجب الضمان
 عليهما ابتداء) ظاهر
 وقوله (قالوا) يعني ان
 لفظ الجامع الصغير غير
 متعرض للسير والوقوف
 والمشايخ رحمهم الله قالوا
 هذا أي رجوع عاقلة
 القائد على عاقلة الرباط
 اذا ربط والقطار يسير
 أما اذا ربط والابل قيام ثم
 قادها فانه يضمنها القائد
 بل رجوع على أحد
 والوجه ما ذكره في الكتاب
 وقوله (ومن أرسل
 بهيمة) يريد كلبا لقوله
 بعده وكذا لو أرسل كلبا
 ومعنى سوقه اياه ان يمشي
 خلفه (ولو أرسل طيرا)
 أي بازيا وساقه فأصاب
 في فوره بأن قتل صيدا
 مما لو كان يضمن المرسل
 السابق لعدم اعتبار

قال (وان ربط رجل بعير الى القطار) لما أتد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية
 لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متديبا وفي التسيب الدية على العاقلة كفى
 القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرباط) لانه هو الذي أودعهم في هذه العهدة وانما لا يجب
 الضمان عليهم ما في الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبب من المباشرة لاتصال
 التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذ لم يعلم به لا يمكنه
 التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرباط أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد
 بعير غيره بعير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بحالقة عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها ساقا
 فأصاب في فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب في
 فوره لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود
 السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له ساقا لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له ساقا فأخذ
 الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى
 غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الحاجة مست في الاصطيد فأضيف الى المرسل لان الاصطيد مشروع ولا
 طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وروى عن أبي يوسف انه أوجب الضمان في هذا كله
 احتياطاً بصيانة اموال الناس قال رضى الله عنه وذكر في المبسوط اذا أرسل دابة في طريق المسلمين
 فأصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه مادامت تسير على سننها ولو انعطفت عنه أو
 يسرا انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت
 بعد الارسال في الاصطيد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لم يمكنه من
 الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال

في الجواب عن الثاني أن يقال مراد المصنف بقوله فرحنا بما ذكرنا انار بخنا قولنا بما ذكرناه من
 المعقول الذي ما له القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا انار بخنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل
 العقلي حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحاً بقي ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن ما ذكره زفر
 والشافعي جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن علي رضى الله عنه
 وتساقطتا فكان مصيرنا في اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذي ما له القياس لزم أن يكون
 ما قلناه جواب القياس أيضاً فامعنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر
 في النص بل قد يكون بالنص كفى السلم والاجارة وبقاء الصوم في النسيان وقد يكون بالاجماع كفى
 الاستصناع وقد يكون بالضرورة كفى طهارة الحيض والآبار وقد يكون بالقياس الخفي وشوا الاكثر
 كما صرح بذلك كله في كتب الاصول فالمراد بالاستحسان في قولهم ههنا ما قلناه بجواب الاستحسان

السوق والارسال فيه في حق الضمان حتى لو كان ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شئ
 وقوله (انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه) أي سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الحاجة ماء أو وحل فيشئذ لا ينقطع
 حكم الارسال كالماء لم ينقطع عنه ويسره وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أي ينقطع حكم الارسال وقوله (وهذه) أي وقفة الدابة تنافي
 مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف
 (قوله بأن كان على الحاجة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وختلاف) مع شرف على قوله بخلاف ما اذا اوقفت لان حكم الاختلاف حكم اصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسلانين كما بين بتره
بغيره ما اذا اوقفت الفرق بين الرفقتين وقوله (على فوره) اى ذورا الارسال وخرآن لا تخيل عينا ولا تمثالا وقوله لما سر (شارة الى
قوة انتدفع حكم الارسال وقوله (قال شدة رجة الله هي المنفعة) اى العجاء (٣٥١) التى أخذها النبي صلى الله عليه وسلم فمناه اشى
المنفعة لا التى أرسلت فان

وختلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نكسا أو ما لا فى فوره لا يضمه من أرسله وفى الارسال فى
الشرى يضمنه لان شغل الطريق تعدد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فباح ولا تسبب
لا يوصف التعدى قال (ولو أرسل لم يجه فافسدت زرعاً على فوره ضمن المرسل وان ماتت عينا أو شمساً لا
وله طريق آخر لا يضمن لما سر ولو انقضت الدابة فأصاب ما له أو آدمي لا أو نمر أو ارضمان على صاحبها)
لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار وقال محمد رجة الله هي المنفعة ولان الفعل غير مضاف
اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عيها فقئت عيها فانقصها)
لان المقصود منها هو اللطم فملا يعتبر الا نقصان (وفى عين بقره الجزر وجزر وره ربع القيمة وكذا فى
عين الجار والبغل والفرس) وقال الشافعى فيه النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة

هو القياس الخفى المقابل للقياس الجلى فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فباح) قال بعض
الفضلاء نعم الا أنه لم لا يكن مقيداً بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رجة الله
ولا تسبب الا يوصف التعدى فان كون الفعل المباح مقيداً بشرط السلامة انما هو فيما وجد
فيه التعدى كفى المرور فى طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذى هو حق العامة وأما
فما لا يوجد فيه التعدى كفى الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان
فى أمثال ذلك انما يتصور بالنسيب ولا تسبب الا يوصف التعدى وحيث لم يوجد التعدى لم يتصور
النسيب فلا ضمان أصلاً وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة فى الطريق وبين ارسال الكلب أو
البازى للاصطياد فى الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة فى الطريق اذا لم يتبع مع الدابة
وأمكنه الاتباع تعدد من صاحبه فمات له منه يكون مضموناً عليه وأما ارسال الكلب أو البازى من غير
اتباع معه فليس بمضموناً لأنه لا يمكنه الاتباع والنسيب فى الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعدياً اه
تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهى
السوق والقود والركوب كذا فى عامة الشروح وقال فى النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان
من حق اللفظ أن يقبل من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ
السوق أو القود لما كان اختلالاً اختلالاً لارسال كان الارسال أختاً أيضاً ولا يلزم جعل بعض أسباب
التعدى أخاً وبعضها أختاً من غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس شئ
لأنه ليس هناموث معنوى خوفاً فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا بدافع لما
قاله صاحب النهاية فإنه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداة التانيث البتة حتى يقال ليس هناموث
معنوى يقتضى التانيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدى فى قرن واحد من
التذكير والتانيث بأن يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال واخواتها ولا يلزم جعل بعضها
مذكراً وبعضها مؤنثاً من غير أمر يدعوا اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك للاختلاف ثم أقول
الوجه فى دفع ذلك أن يقال لما جازت ذكراً كل واحد من تلك الأسباب باعتبار ما فى ظاهر لفظ كل واحد
منها وفى معناه من التذكير وجازت أنثى كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعل

افسادها اذا كان فى فوره
ارسال ليس بجبار كما
ذكرنا آنفاً فكان تقييده
احتماراً عن الاجراء على
عمومه وقوله (من الارسال
واخواته) يعنى السوق
والقود والركوب قال فى
النهاية كان من حق
الكلام أن يقول من
الارسال وأمثاله أو يقول
من الارسال واخواتها
بتأويل الكلمة اذ السوق
والقود لما كان اختلالاً
لارسال كان الارسال أختاً
أيضاً ولا يلزم جعل بعض
أسباب التعدى أخاً وبعضها
أختاً من غير دليل وليس
بشئ لأنه ليس هناموث
معنوى خوفاً فيما يقتضيه
حتى يناقش على ذلك قال
(شاة لقصاب فقئت عيها)
الجزر القطع وجزر الجزر
نحرها والجزر ورماً أعدت من
الابل للنحر يقع على الذكر
والانثى وهى مؤنث وانما
قال وجزر وره ربع القيمة
ولم يقل وبغيره ليتبين أن
البقر والابل وإن أعذ اللطم
كالشاة لا يختلف الجواب
فيهما بل سواء كانا معدتين
للطم أو للحثر والحمل

والركوب ففيه ربع القيمة كفى الذى لا يتر كل لجه كالبعل والجار وقال الشافعى رجة الله فيه النقصان واعتباراً بالشاة عمل بالظاهر
قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيداً بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال
واخواتها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل النسبة اذ ليس المراد بالارسال واخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والركوب)
أقول البقر ما غلقت اليه كركوب والجل الأن يقال لا قائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك
فترك القياس فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في
غيره كقول من الجمل والر كوب والزينة والجمال والعمل موجود في ما كول اللحم فيلحق به وقوله (ولأن فيه مقاصد سوى اللحم) دليل
معمول على ذلك وهو واضح وفيه (٣٥٣) إشارة إلى الجواب عن القياس على الشاة فإن المقصود منها اللحم وفقه العين لا يقوته بل

ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه
ولأن فيه مقاصد سوى اللحم كالجل والر كوب والزينة والجمال والعمل في هذا الوجه تشبه الأدمي وقد
تمسك لذلك كل في هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بنسبه الأدمي في إيجاب الربع وبالنسبه
الآخر في نفي النصف ولأنه انما يمكن إقامة العمل به بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنهما
ذات أعين أربعة فيجب الربع بقوات أحدهما قال (ومن سار على دابة في الطريق فضر به راجل
أو نخسها فنفعت رجلا أو ضر به يدها أو نفرت فصدته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب)
هو الماروى عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس
فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده

صح في كل واحد منهما الوجهان ثم إن المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهي الجمع بين
المتضادين كما في قوله تعالى ولكم في القصاص حياة على ما عرف ذكر بعض تلك الأسباب وأنت بعضها
فقال من الإرسال وأخواته تدبر تفق (قوله ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في عين
الدابة بربع القيمة) قال في العناية فإن قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما
لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذي أوجب ذلك في غيره كقول من الجمل والر كوب والزينة والجمال
والعمل موجود في ما كول اللحم فيلحق به اه أقول في الجواب تطرأ لما منع أن يمنع أن المعنى الذي
أوجب ذلك في غيره كقول اللحم تلك الأمور المذكورة وحدها الجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا
كما يقصد ذلك من الشاة داخل في كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود في ما كول اللحم إذ قد يقصد
منه اللحم كما يقصد تلك الأمور المذكورة أيضا فلا يتم الإلحاق كما لا يخفى (قوله ولأن فيه مقاصد سوى
اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلا أن هذا الدليل لا يتمشى في غيره كقول اللحم كالجار والبغل
والفرس بل هو محكم أنه كاسه يقتضي أن يكون الجواب في غيره كقول اللحم غير الجواب في ما كول
اللحم مع أن الجواب فيهما متحد وإن كلاً منهما داخل في المدعى هنا وأما ثانياً فلا أن قوله بنسبه الأدمي
في إيجاب الربع يعني عملنا بنسبه الأدمي في إيجاب الربع ليس بواضح لأن شبه الأدمي لا يقتضي إيجاب
الربع بل يقتضي إيجاب النصف لأن الواجب في الأدمي في الجنابة المبرورة هو النصف وانما المقضي
لا إيجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقضي لا إيجاب الربع شبه الأدمي فقط لما احتج
إلى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر في الأداء أن يقال فعملنا بالشبهين بنسبه الأدمي في إيجاب
المقدر من غير اعتبار النقصان وبالنسبه الآخر في نفي النصف الواجب في عين الأدمي فوجب الربع
عملهما وقد أشار إليه صاحب الكافي حيث قال فأشبه الإنسان من وجهه والشاة من وجهه فوجب
تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملهما ما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارة
لأنه أسعده كما ترى (قوله ولأن الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناحس فأضيف فعل الدابة إليه
كأنه فعله بيده) أقول يرد عليه ما ذكره فيما حرق في مسئلة السابق والقائد جوابا عن الشافعي بقوله

هو عيب يسير فيلزم نقصان
المال وقوله (ولأنه انما
يمكن إقامة العمل بها) دليل
آخر وهو أيضا واضح لكن
الاعتماد على الأول لأن ترى
أن العينين لا يضممان بنصف
القيمة كذا قاله في غير الإسلام
رحمته الله وانما قال ذلك لأن
المعول به في هذا الباب
النص وهو وروى في عين
واحدة فيقتصر عليه وقوله
(أو نخسها) يعني بغير إذن
الراكب والنخس هو الطعن
وبنه فخاس الدواب دلالتها
فإن قيل القياس يقتضي
أن يكون الضمان على
الراكب لكونه مباشرا وإن
لم يكن متعديا لأن التعدي
ليس من شرطه فإن لم
يختص به فلا أقل من الشركة
فالجواب أن القياس يترك
بالأثر وفيه أثر عمر وابن
مسعود رضي الله عنهما وقد
أشار المصنف رحمه الله إلى
الجواب بقوله ولأن الراكب
والمركب مدفوعان بدفع
الناحس لأن فعل الراكب
قد انتقل إلى الدابة لأن
الثوب المهلكة انما كانت
منها فكان مضطرا في حركته
(قوله والجمال والعمل

موجود الخ) أقول فيه بحث (قوله فإن قيل القياس يقتضي أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا)
أقول ممنوع بل سبب هنا يجوز أن يقال أشار إلى هذا الشارع بقوله إن فرض مباشرة قال المصنف (فأضيف فعل الدابة إليه
كأنه فعله بيده) أقول مخالف لما أسلفه في هذا الباب مجيبا عن الشافعي وأنه قال الفعل يتخوف القتل كما في المكره وهذا يتخوف
بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناحس لكونه الحامل لها على ذلك لمجئها فكان الناحس بمنزلة الدافع للذابة والراكب معاً على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشراً لا يعتبر مباشراً كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشر او لا التسبب أيضاً لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفقة او وجبت الضمان على الناحس دون الراكب والسائق أيضاً عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن فلو نخص وهو ما اذون كان سائقاً وامكان التحرز انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعدي فلا يعتبر وقوله (ولان الناحس متعدي في تسببه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبراً لكونه

مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التقرير للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقوداً لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح واسهل معناه اعتبر موجبا في التقرير لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة السبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعدي في تسببه وليس بشيء فتأمل وقوله (والواقف

ولان الناحس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي ترجح جانبه في التقرير للتعدي حتى لو كان واقفاً دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناحس نصفين لانه متعدي في الايقاف أيضاً قال (وان نفخت الناحس كان دمه هـ درا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان القتل الراكب فقتله كان ديتة على عاقلة الناحس) لانه متعدي في تسببه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنحسه على رجل أو ووطئته فقتلته كان ذلك على الناحس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناحس والراكب نصفين لان التلف حصل بنقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناحس فيجب الضمان عليهم ما وان نخصها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخصها ولا ضمان عليه في نفخت لانه امره بما يملكه اذا نخص في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الأمر

وانتقال الفعل بخوف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب ووجه الورود غير خاف على القطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناحس متعدي في تسببه والراكب في فعله غير متعدي) في ترجح جانبه في التقرير للتعدي قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبراً فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبراً لكونه مدفوعاً فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالنقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفع بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجع الناحس في التقرير للتعدي اه كلامه أقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من التردد ومنع كون الراكب مباشراً فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبراً فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافياً لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبراً لكونه مدفوعاً بدفع الناحس فيتدافعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والاخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخصها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخصها ولا ضمان عليه في نفخت لانه امره بما يملكه اذا نخص في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الأمر) أقول لقائل أن يقول هب ان الناحس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فأمر الناحس به لكن الأمر به انما يتناول من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجي التصرح به في المسئلة الآتية فن حيث انه اتلاف ينبغى أن يقتصر على الناحس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناحس الضمان

(٤٥ - تسكمه ثامن) في ملكه والذي يسير في ذلك سواء (يعني يجب الضمان على الناحس في كل حال وقد يملكه احترازاً عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتصف الضمان هناك على عاقلة ما وقوله (والثاني) أي الوطء) مضاف الى الناحس لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما ووطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهم الله

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطاً له نفسه بل لاعتبار في التقرير في قول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا للفعل الناحس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشيء فتأمل) أقول لو ورد النظر المذكور أنفاً

وقوله (مضاف اليهما) أى الى الراكب والناخس وفي بعض النسخ اليهما أى الى النخسة وقوله (ولا يتناول من حيث انه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أى على الناحس لان الراكب أذن له بالسوق لا بالابطاء والاتلاف وقوله (والركوب وان كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة لا لوطه على معنى أنه يستعمل رجل الدابة في الوضع والرفع فكان ذلك (ع ٥٥ هـ) بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناحس والناخس صاحب شرط في حق فعل

الوطء والاضافة الى العلة
أولى وجهه أن الركوب
وان كان علة للوطء لكن
النخس ليس بشرط لهذه
العلة لتأخره عن الركوب
بل هو شرط أو علة للسير
والسير علة للوطء فكان
الوطء ثابتا بعلة من فيجب
الضمان عليهما وقد مثل
لذلك بما ذكر في الكتاب
وهو واضح وقوله (وصار
كما إذا أمر صبيًا يستمسك
انما قيل بذلك لانه اذا لم
يستمسك فلا ضمان على
أحد أما على الصبي فلان
مسكه بمنزلة الحمل على
الدابة فلا يضاف السير اليه
وأما على الرجل فانه لم
يسيرها واذا لم يصف سيرها
الى أحد كانت منفصلة
وفعله اجبار وقوله (والناخس
اذا كان عبدا) يعنى
ونخس بغير اذن الراكب
فالضمان في رقبته يدفع
بها أو يفدى والباقي
ظاهر الى آخره والله أعلم

قال (ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها بالناخس باذن الراكب فالدية عليهم ما نصفين جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها) لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهم هذا لا يرجع صاحب العلة كمن يجرح انسانا فوق في بئر حفرها غيره على قارة الطريق ومات فالدية عليهم ما لم أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناحس على الراكب بما ضمن في الابطاء لانه فاعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما آراه لانه لم يأمره بالابطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما إذا أمر صبيًا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم لا يرجعون على الامر لانه أمره بالتسيير والابطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلا حانقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناحس انما يضمن اذا كان الابطاء في فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لا تقطع أثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاده دابة فنخسها رجلا فانفلتت من يد القائد فأصاب في فورها فهو على الناحس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صديقا في ماله لانهم ماؤاخذان بافعالهما (ولو نخسها شيء منصوب في الطريق فنقتل انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء) لانه متعلق بشغل الطريق فأضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله أعلم

لتعديده في الاتلاف كما في المسئلة الاتية فتفكر في الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها بالناخس باذن الراكب فالدية عليهم ما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما تلف بالوطء لم يحصل التلف بنقله ونقل الدابة جميعا كما صرح جوابه والناخس مسبب كما مر في الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرح جوابه سيما في مسألة الراكب والسائق فبالله هم خرموا هنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهم ما جميعا عاقفة تدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فن هذا الوجه يقتصر عليه) قال في النهاية أى يقتصر الضمان على الناحس أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناحس اتلافاً أن يكون الناحس متعديا بكونه مسببا لجنابة الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هناك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناحس وقد وجب في مسئلتنا أن الراكب فيها مباشر ولا أقل من ان يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناحس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فن هذا الوجه يقتصر عليه أى فن هذا الوجه يقتصر فعل الناحس وهو النخس على الناحس أى لا ينتقل الى الآخر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوفا كما في المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوى الافهام (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته) قال في العناية قوله

قال المصنف (اذا كانت في فورها الذي نخسها) أقول قوله الذي يدل من الضمير المضاف اليه وتذكير اسم الموصول

ينوع تأويل أو وصفه على مذهب الكسائي (قوله يعنى ونخس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يدفعه على ما صرح جوابه اذا كان النخس باذن الراكب قال العلامة الكاكي الآن المولى يرجع على الامر بالاقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة واذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اه

(باب

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة (٥٥) المملوك وهو العبد وأخره لا تخطأ

رتبه عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ) اعلم أن التقيد بالخطأ هنا قيد في الجنابة في النفس لانه اذا كان عدا يجب القصاص وأما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطأ العبد وعده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبد والاحرار فيما دون النفس وقوله (قيل لمولاه ما تدفعه بها أو تفسديه) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضى على المولى بشئ في ذلك حتى يرى المجنى عليه اعتبارا لجنابة العبد بجنابة الحر وقد بينا انه يستأنى في جنابة الحر لان موجبها يختلف بالسرية وعدمها والقضاء قبل الاستيفاء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجنى عليه بعد العتق وعندنا

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

قال (واذا جنى العبد جنابة خطأ قبل مولاه ما أن تدفعه بها أو تفسديه) وقال الشافعي جنابته في رقبته يباع فيها إلا أن يقضى المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فانضمن في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بجنائه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شئ من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لا أنه يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبته العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يتحملوا ما ان كانت من الدابة نفقة أو ووطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبدا غير فخص دابته ففخت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الامر عبدا كان المأمورا وحرا وان وطئت في فورها ذلك انسا نافقتة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عتق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الامر بالاقبل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار عاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اه تأمل

باب جنابة المملوك والجنابة عليه

لما فرغ من بيان أحكام جنابة المالك وهو الحر والجنابة عليه شرع في بيان أحكام جنابة المملوك وهو العبد وأخره لا تخطأ رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شئ وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جنابة الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجنابة على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جنابة العبد على الحر وهو ايضا انما يتبين في هذا الباب فلا يظهر أن يقال لما فرغ من بيان جنابة الحر على الحر شرع في بيان جنابة المملوك والجنابة عليه ولما كان فيه يتعلق بالمملوك التمسك من جانب آخره لا تخطأ رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمه فكيف آخر باب جنابته عن باب جنابة البهيمه لان جنابة البهيمه كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم مملوك اه أقول فيه ايضا شئ اذ لقائل أن يقول ان اراد ان جنابة البهيمه كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنابته بطريق النفقة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحدهم والالوجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في باهم وكذا الحال فيما اذا أصابت سيدها أو رجلها حصاة أو فؤاة أو أثارت غبارا أو حجر اصغرا فقتلها عين انسان أو فسدت ثوبه وكذا اذا انفلتت فأصابت مالا أو آدمي بالاداء أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان اراد ان جنابته قد تكون باعتبار أحدهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام القريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمه ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرام لا يترتب عليه حكم

الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختارا للفداء

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبهنا قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداء وهكذا روى عن علي ومعاذ بن جبل رضي الله عنهما وغيرهما وروى عن علي رضي الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أم والهم بغيره بنائهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب في ذمته) أي في ذمة العبد كما في الدين فإن الدين في ذمته يكون من أجل المالية رقبته ببيع فيه (٣٥٦) إلا أن يقضى المولى ذمته كذلك ضمان الجناية وكذا في الجناية على المال وفي بعض النسخ

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على المثلث لانه هو الجاني إلا أن العاقلة تحصل عنه ولا عاقلة للعبد لأن العقل عندى بالقراءة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته ببيع فيه كما في الجناية على المال ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي حالة لظلم أن يتباعد عن الجاني فخر راعن استنصاه والاختلاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة

من أحكام الجناية في الشرع وانما ذكرت في بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقریب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم) قال في الكافي والكفاية فعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبهنا وعن عمر وعلى رضي الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضي الله عنهما كاهو مذهبهنا وعن عمر وعلى رضي الله عنهما كاهو مذهبهما فانهم ما قالوا عبيد الناس أموالهم وجنائهم في قيمتهم أي أثمانهم وقال في غاية البيان روى أصحابنا كالقدوري وغيره في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداء وعن عمر رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجنائهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثل مذهبه وقال في معراج الدرابة روى عن علي رضي الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائهم في رقاب الناس كذهبهنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنهم وروى عن عمر رضي الله عنه مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جنائهم في قيمتهم أي في أثمانهم لأن الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم في الرواية عن علي رضي الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبهنا كما ترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال وإنما جاع الصحابة رضي الله عنهم فانه روى عن علي وعبد الله بن عباس مثل مذهبهنا بحضور من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهم ما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم (قوله ولنا أن الأصل في الجناية على الآدمي في حالة الخطأ أن يتباعد عن الجاني الخ) قال صاحب العناية فيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فن ابن يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذينا الفرق بينهما ما بقى أصله بالأصل فبطل وقدين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة الدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فبطل ما قيل لا تعقل لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي

كما في الشيء يعني اذا قتل الذي رجلا خطأ تجب دية في ذمته لا على عاقلة كما في اختلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذي يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم في المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فن ابن يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعي رحمه الله جعل موجب جنائته في ذمته كوجوب الدين في ذمته وكوجوب الجناية على المال ونحن اذينا الفرق بينهما ما بقى أصله بالأصل فبطل وقدين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذي فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب في ذمته صيانة الدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لأن العواقل لا تعقل المال فبطل ما قيل لا تعقل لان العواقل لا تعقل المال فتجب في ذمته وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي

لا يعقل ابطاله ليس بمتيقن على أصل يبطل بإبداء الفارق على أن قوله ان الأصل في موجب الجناية أن يجب على المثلث والمولى يبطل أيضا بقوله الأصل ذلك في موجب الجناية العبد وان الخطأ الاول مسلم ولا يقيد به الكلام في الخطأ الثاني عن النزاع وقوله (لانه خوا الجاني) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل في الجاني أن يكون موجب جنائته على نفسه لانه المثلث فهو متصا درة على المطلوب (قوله فعن ابن عباس مثل مذهبهنا قال اذا جنى العبد) أقول يعني قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ (قوله وأما أصلنا فهو ثابت في نفسه مستند الى النص الذي لا يعقل ابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبيد الحديث

وقوله (الأنه يخير) استثناء من قوله والمولى عاقلة جواب عما يقال لو كان المولى
ذلك ما ذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثره ظاهر في
لا يوجب الإجحاف وأما ههنا فالمولى واحد فأنظره فانه فيه باثبات الخيار وقوله (غير أن الواجب الأصلي هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب
الجنابة في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحرج الجاني اذا مات (٣٥٧) فان العقل لا يسقط عن عاقلة

وجهه أن الواجب الأصلي هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الأصلي فيه جزء من النصاب ولذلك أن ينتقل الى القيمة (ولهذا) أي ولكون الواجب الأصلي هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لقوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها الترمذي روى عنه الله ان الدية هو الأصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لما ذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمه الله ذكر أن الواجب الأصلي هو الارش على المولى وله الخلف بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحرج الجاني) جواب عما يذكروه من مستشهد به كذا كرهناه أنما وجهه أن الواجب لا يتعلق بالحراستين فصار

والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به والأصل في العاقلة عندنا النصره حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذي لا يمتنعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجنابة على المال لان العواقل لا تعقل المال الا أنه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحرج لان الواجب لا يتعلق بالحراستين فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه وفي الجنابة وان فداءه فداءه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلا في التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجنابة على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بالأصل بل مدارك له على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجنابة على المال في ذمته في ذيل دليله مجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كانه تقرير المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ما ذكره بطريق التنظير بقاء أصله بالأصل كما لا يخفى وأما ثانيا فلا في الشافعي أن يقول أصلنا مستند الى النص كما أن أصلكم مستند الى النص وهو ما روى عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بإبداء الفرق ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعديل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصره وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعامل مدلا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هناك فاكتمينا هنا بحمل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء ليس بخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اه وقال صاحب التسهيل يشكك هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعديل على مذهبه اه وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذنا من التسهيل كما هو حاله في أكثر إراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم ههنا ان لفظة العاقلة انما أطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيحكي في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل ديوانه أي الذين يرتزقون من ديوانه على حدة اه وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يهبطون دية من قبله خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اه الى غير ذلك من المعتمرات فاذا تقررت هذان اثبتنا ان المراد بما في الحديث ان العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنهم يجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فان دفعه ملكه وفي الجنابة) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجنى عليه (وان فداءه فداءه بارش الجنابة) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلا ان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل شرع للحصول ترفها وتحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلة لان العبد يستنصر به) أقول ليس بخالف ما قلنا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (قوله والقسمه على وجه لا يورث الإجحاف) أقول الظاهر أن يقال لا يؤثر الإجحاف

وأما الفداء فلا بد من جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه قبل كون
ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وايهما اختاره وقعله لشيء لولي الجناية غيره) أما الدفع فلان
حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلا بد لاحق له إلا الأرض فذا أوفاه حقه سلم
العبد له فان لم يختبر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لقوات محل حقه

التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا جنى
على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يجرم مولاه جناية به فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلة من
قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كما عقلة لان العبد يتنصر به كما يستنصر الحر بعاقلة يرشد اليه
قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا
بجناية العبد عزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقبهم فكذلك لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اه
فلا يخالف ما ذكرناه حديث لا تعقل العواقل عدا ولا عبدا ولا يشك في هذا على مذهب أئمتنا من ان
العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلا بد من جعل بدلا عن العبد في
الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل)
قال في العناية قبل كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا يرى ان المال قد يقع بدلا
عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار ما لا يتعلق به وكذلك
التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة
الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والأرض وهذا يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء
كذلك ولما اختاره المولى كان دينيا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر
الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول
والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان
لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اه أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه
ان كانت أمر الزم أو راجح ارتفع السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير
بقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركا جذا وان لم تكن أمر الزم ولا راجح فكيف يتم
ترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الاصل أن لا يفارق الفرع
الاصل الا بأمور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية
والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه
به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الخلق النية به ليكون مطهر اشراج بخلاف الماء وفيما نحن
فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمحقاقه اه أقول فيه بحث اذ كان
حاصل السؤال ان كون الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب
بقوله الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بأمور ضرورية هو ان الاصل أن لا يفارقه في الحكم الا بأمور
ضرورية ولا يدل عليه التعليق الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير
الا بأمور ضرورية اذا الظاهر أن معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور
ضرورية هو كونه عنه منهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة
مستمرة لا تتغير حكمها بعد ان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطالوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول
فلا يتم التقريب فتأمل تفهيم (قوله وأما الفداء فلا بد لاحق له إلا الأرض) أقول فيه اشكال سيما

الشيء بدلا عن شيء لا يستلزم
الاتحاد في الحكم ألا ترى
أن المال قد يقع بدلا عن
القصاص ولم يتحد في
الحكم فان القصاص لا يتعلق
به حق الموصى له واذا صار
ما لا يتعلق به وكذلك التيمم
بدل عن الوضوء والنية من
شرطه دون الاصل وغير
ذلك وأجيب بأن الفداء لما
وجب بمقابلة الجناية في
النفس أو العضو أشبه
الدية والأرض وهذا يثبتان
مؤجلا وذلك يقتضي
كون الفداء كذلك ولما
اختاره المولى كان دينيا في
ذمته كسائر الديون وذلك
يقتضي كونه كذلك أي
كسائر الديون حالا لان الاجل
في الديون عارض ولهذا
لا يثبت الا بالشرط كما تقدم
فتعارض جانب الحلول
والاجل فترجح جانب
الحلول بكونه فرع أصل
حال موافقة بين الاصل
وفرعه وهذا كلام حسن
وان لم يكن في لفظ المصنف
رجح الله ما يشعر به ويجوز
أن يقال الأصل أن لا يفارق
الفرع الأصل الا بأمور
ضرورية فان الاصل عند
المحصلين عبارة عن حالة مستمرة
لا تتغير الا بأمور ضرورية
والمسائل المذكورة تغيرت
بذلك وهو أن القصاص غير

صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الخلق النية به ليكون مطهر اشراج
بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنع عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون لمحقاقه لا يقال قد تبصر بوجوبه حالا

فهو ضرورية لان ذلك لزمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضى وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير ان الواجب الاصل هو الدفع الخ
(وان مات) أى العبد الجاني بعدما اختار المولى الفداء قولاً أو فعلاً لم يبرأ بعت العبد عن الفداء وطول بالفرق بين هذا وبين خصال
كفارة اليمين فان الجاني غير مخير وان عين أحدهما قولاً لم يتعين وههنا قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أو وجب رعاية لاحتياجهم
وذلك في التعيين قولاً وفعلاً وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أى الجنائية
الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجنائية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به
حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع
تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بأن في الرهن ابقاء واستيفاء حكماً فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس
في الجنائية كذلك وقوله (على قدر أرش جنائيتها) لان المستحق انما يستحق (٣٥٩) عوضاً عما فات عليه فلا بد من

أن يقسم على قدر المعروض
وقوله (لما ذكرنا) يعنى
قوله لان تعلق الاولى برقبته
لا يمنع تعلق الثانية وقوله
(وعلى هذا حكم النجيات)
يعنى لو شجر رجلاً موصفة
وأخرها شمة وآخر منقولة
ثم اختار المولى الدفع يدفع
الى صاحب الموصفة سدس
العبد لان له نجساً مائة والى
صاحب الهاشمة ثلثه لان
له ألفاً والى صاحب المنقولة
نصفه لان له ألفاً ونجساً مائة
فيقتسمون الرقبة هكذا
وقوله (وهى الجنائيات
المختلفة) يعنى لجاز أن
يختار فى أحدهم خلاف
ما اختاره فى حق الآخر
كما لو انفرد كل واحد منهم
وقوله (والحق يجب للقتول)
جواب عما يقال الحق وان
كان متحدا بالنظر الى

على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ التحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان
عاد فبى كان حكم الجنائية الثانية كحكم الجنائية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجنائية
بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جنائية قال (وان جنى جنائيتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى
واي الجنائيتين يقتصمانه على قدر حقيقهما واما أن تدفعه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى
برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجنائية فى الجنى
عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيقهما على قدر أرش جنائيتها (وان كانوا جماعة
يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداء فداء بجميع أرشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحداً
وفقاً عين آخر يقتصمانه اثلاثاً) لان أرش العين على النصف من أرش النفس وعلى هذا حكم النجيات
(وللمولى ان يفدى من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة
بأختلاف أسبابها وهى الجنائيات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدى
من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لا تتحد أسبابه وهى الجنائية المتحدة والحق يجب للقتول
ثم لا وارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجنائية ضمن
الأقل من قيمته ومن أرشها وان أعتقه بعد العلم بالجنائية وجب عليه الارش) لان فى الاول قوت
حقه فيضمنه وحقه فى أقلهما ولا يصير مختاراً للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفى الثانى صار مختاراً
لان الاعاقى بمنعه من الدفع فالأقدام عليه اختيار منه لا آخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة
والتدبير والاستيلاء لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال المالك به

فى الحصر اذ قد تقرر فيما قبل ان الواجب الاصل فى جنائية العبد هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الموجب
بعت العبد لقوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة فاذن كان حق
ولى الجنائية منحصراً فى الدفع على ما هو الواجب الاصل فى جنائية العبد فان لم ينحصر فيه فمما معنى حصره
فى الارش بقوله لا حتى له الا الارش وهذا يكون مناقضاً لما ذكره قبلاً بقوله أما الدفع فلا ن حقه متعلق

السبب فهو متعبد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى ووجهه أننا انسلم أن المستحق متعدد
بل هو واحد لان الحق يجب للقتول الخ لا يقال المالك ثبت لا وارث حقيقة وحكما ولما حكى فقط لانه ليس من أهل المالك حقيقة
فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الأصل أولى قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم
بالجنائية) الأصل فى جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجنائية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يبرئ منه عن الدفع صار مختاراً
للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجنائية لم يكن مختاراً للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجنائية وعلى هذا يخرج الفروع
المذكورة فى الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعنى قبل العلم وبعبارة

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعني اذا جنى العبد جنابة فقال وليه اهو عبدك فادفعه أو افده فقال هو اقلان الغائب
 وديعة عندي أو عارية أو اجارة أو رهن لا يصير مختارا للفداء الماذكر في الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان اقامها
 آخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختارا للدية مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه البكرخي
 بالبيع واخواته) في صيرورته مختارا للماذكر في الكتاب قال في الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد
 قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جنابة خطافانه ينتظم النفس ومادونه وقوله (وكذا
 المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا خلاف في ذلك وانما الخلاف في الدخول في ملك المشتري وعدمه وليس
 محتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقصه وبخلاف العرض على البيع) يعني لا يصير مختارا للفداء به ما لان الملك
 ما زال قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان محجوزا للبيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع
 كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تحقق
 ههنا وهي أنه لو لم يجعل محجوزا فاسخا ههنا لكان تصرفه واقعا في ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية
 وأما ههنا فلم يجعل محجوزا فاسخا ههنا لكان تصرفه لم يتبين بالدفع أنه تصرف في ملك الغير فافترا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان
 كاتب المسلم عبده الجاني على (٣٦٠) خرا أو خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان مو حبه يثبت بنفس العقد

وهو تعلق العتق بالأداء
 فكانت الكتابة نظير البيع
 الفاسد بعد القبض وقوله
 (فيما ذكرناه) قيل يعني في
 اختيار الفداء وقيل في العلم
 بالجنابة وعدمه وقوله
 (ولو ضرب به فنقصه) يعني
 بأن أثر قيمته حتى صار
 مهزولا أو قلت قيمته ببقاء
 أثر الضرب فهو مختار اذا
 كان عالما بالجنابة لانه حبس
 جزأ منه وأما اذا ضرب به
 ولم يعلم بها كان عليه
 الأقل من قيمته ومن الارش
 الا أن يرضى ولي الدم أن

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسهل به حق ولي الجنابة فان المقر له يخاطب بالدفع اليه
 وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في
 الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبهه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا
 المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا
 كان الخيار للبائع ونقصه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعسه بيعا فاسدا لم يصير
 مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان مو حبه يثبت قبل قبض البديل فيصير
 بنفسه مختارا ولو باعسه مولا من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه
 بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه
 لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضرب به فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجنابة لانه حبس جزأ منه
 وكذا اذا كانت بكرافوطها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم
 وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق

به (قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس ومادونها) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن
 أرشها وقيل يريد به قوله في أول الباب واذا جنى العبد جنابة خطافانه ينتظم النفس ومادونها كذا

بأخذ من ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كأنه نقصان حصل
 بآفة سماوية وقوله (وكذا اذا كانت بكرافوطها) يعني يصير به مختارا للفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله
 (بخلاف التزويج) يعني لا يصير به مختارا للفداء لانه لا يجزئه عن الدفع كما لا يجزئه عن البيع وعمل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب
 من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقه عالما بالجنابة فان بهذا الاقرار يدخلها النوع عيب ولكن لما
 كان حكمه يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج يعيب والتعيب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب
 على يديه وعيها وذلك لان التعيب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزأ منها وأما الحكمى فليس كذلك وقوله (وبخلاف
 وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اطلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز
 عما روى عن أبي يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء ليس الا على امسالك العين فان قيل
 ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هناك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا
 الا اذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حرما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشتري من حين العقد ولهذا
 يستحق زواجا ثداهتسين أن الوطء حصل في غير ملكه فلا تحر زعن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجنابة يملكها المولى الجنابة من وقت
 الدفع ولهذا لا يسلم له شيء من زواجا ثداهتسين أن الوطء كان في غير ملكه

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق (أنه إذا لم يعتق وسرى تبين أن الصلح) أي الدفع (وقع باطلا) وسماء صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٣) رجعهم الله أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية

ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينهما وبين أطراف الحر فإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما إذا رطب المطلقة الثلاث في عدم تمام العلم بجرمها عليه فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة له الأول أن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا النص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لأنه لما رضى بكون العبد عرضا عن القليل يكون أرضى بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل

مع أنه يجري أن يقال هناك أيضا أن الضرب وإن نقصه لا يفوت الدفع برضاوى الجناية فإنه إذا رضى أن يأخذ ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعديل في صورة ما إذا ضربه فنقصه ان لم يفت الدفع برضاوى الجناية نقصت الرقبة فالتعديل المذكور هنا لا يجري بتمامه هناك فلم ينتقض بذلك نعم في تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما إذا ركب دين كلام لأن وجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لأن الغرماء يتبعون ولجناية إذا دفع العبد إليه فيتبعونه بدونه كما صرح به جمهور الشراح في شرح قول المصنف إلا أن لولى الجناية أن يمنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافي ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الأول لأن الجناية أن يمنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل يريد بيان الفرق بين ما إذا أعتق وبين ما إذا لم يعتق أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أي الدفع وقع باطلا وسماء صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الأصلي هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اه واقتنى أثره الشارح العيني أقول فيه نظر لأن المصنف صرح فيما صرح بأن الموجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب عتق العبد لقوات محل الواجب فكيف يستتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصحبه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى أن صاحب الاسرار بعد أن ذكر ما اختاره بعض المشايخ من أن الواجب الأصلي هو الارش قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندي أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره في صحة ما هو صلح وهو ما إذا أعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث الشبهة كما إذا رطب المطلقة الثلاث في عدم تمام العلم بجرمها عليه) أقول فيه بحث وهو أنه إن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما إذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره في تنظيره حيث قال فيه مع العلم بجرمها عليه فهو مسلم لكن لا يجدي نفعنا هنا لأن الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وإن أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وإن لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه إذا رطب المطلقة الثلاث في عدم تمام العلم بجرمها عليه بل ظن أنها محل له فإنه يورث الشبهة فيذكر الحد كما صرحوا به في كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم

به وإنما وقع باطلا لأنه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاسرار والعبد وإذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وإنما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعني المصالح عنه لأن الذي كان الصلح رقع عنه وهو المال قد زال والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما إذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة مع العلم بجرمها عليه فإنه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر من حال العاقل أنه إذا أقدم على تصرف بقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح إلا يجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الإقدام على الاعتاق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لأنه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشروط صحة الاقتضاء وهو إمكان المقتضى موجود ولهذا

وذكر

لنص على ذلك ورضى به المولى صح فبين أنه إذا أعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء وإذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على خيرتهم في العفو والقتل

(قوله والذي وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذ كرفي بعض النسخ) قال الامام نضر الاسلام رحمه الله وذ كرفي بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ما ذ كرفي الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ما ذ كرنا) يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خبرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع برباشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع برباشكالا لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو لانه ينبغي عن الخطيئة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حظ شيء فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها برباشكالا فيما اذا عفا عن البدن وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب واختلاف المشايخ رحمه الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ما ذ كرهنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تحب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وذلك على القياس والاستحسان فاندفع المدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهم ما فرق وهو أن العفو عن البدن صريح ظاهر الان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك (٣٤٣)

وان بطل العفو بالسراية حكمه يبقى موجودا حقيقة وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمنع الجناية لم تمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذ كرهنا من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتناق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني اذا كانت القيمة أقل

وذ كرفي بعض النسخ رجل قطع يدرجل عدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذ كرنا من الرواية وهذا الوضع برباشكالا فيما اذا عفا عن البدن وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قيل ما ذ كرهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهم ما فرق وجهه أن العفو عن البدن صريح ظاهر الان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكمه يبقى موجودا حقيقة فكفي ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا اعتقه فالتخريج على ما ذ كرهنا من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جنابة وعليه ألف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجنابة فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولياء الجنابة) لانه أنلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغير ما فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغير ما فيضمنهما بالاتلاف بحرمتهما عليه (قوله أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة) أقول رد عليه انه ان أراد بقوله صلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقى عليه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

من الارش وقوله (أنلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع بل هو ان يكونا متنافيين فلا يجتمعان لانه لو كان الاتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن أيضا من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجنابة ثم يباع للغير ما فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لا صحاب الاولياء وانما بدنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجنابة يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب الديون ومضى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجنابة لانه تجدد لا شترى المالك ولم يوجد في يده جنابة فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجنابة بالفداء بالدين فان للناس في الأيمان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجنابة لان موجبها صيرورته حرا فاذا كان مشغولا واجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف الى اولياء الجنابة لانه يبيع على ملكهم وان لم يبق بالدين تأخر الى حال الحرية كماله يبيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم يعني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو اعتقه وهو عالم بالجنابة كان عليه الدية اذا كانت الجنابة في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتناق بعد العلم بالجنابة يوجب الارش دون القيمة وقد مر

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعني الاتقاني

وقوله (بمخلاف ما إذا أنلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابله الحق) يعني حق الدفع (لانه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال (واذا استدان الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد استدانها وبين ولادتها بعد جنابتها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقيتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتهابيع أو هبة أو غيرهما فكأن من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسرى الى الولد كالكتابة والتدبير والرحن وأما موجب الجنابة والدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لاني ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا عن التصرف في رقبتهابيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسرى الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع وقوله (والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الرصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الرصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بحوله واعتراض وجهين أحدهما لا نسلم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعنتها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها ضمن كالمقتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا لما سري أثر الدفع الى أرض استحقيقه بجنابة جني بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان وادها جز وها وأرسلها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسرى الى ماليس بجزئها وأوجب عن الاول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيبعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب (٣٩٤) الدين على المولى والا لوجب عليه ابقاء الدين لا ضمان قيمة العبد وانما

لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابل به من العين ضمانا وضمان العدو وان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة التراجع فهلا اعتبر لان الاتلاف هنالك لاني محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بمخلاف صورة النقص فان قيل اذا كان تخصيص العلة قلت محلصه معلوم وعن الثاني أن الارض

بمخلاف ما إذا أنلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابله الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهم ما بانلاف الحق فلا ترجح فيظهر ان فيضمنهما قال (واذا استدان الامة المأذون لها ثم ولدت) ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جنابة لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتهابيع واستيفاء يسرى الى الولد كولد المرعونة بمخلاف الجنابة لان وجوب الدفع في ذمة المولى لاني ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعنته فقتل العبد ولما ذاك الرجل الزاعم خطأ فلا شيء له) لانه لما زعم أن مولاه أعنته فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا أعنت العبد فقال لرجل قتلته أهلك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا وفداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا نصي أو بعت دارى وأنا نصي أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعت دارى الجبايات بأن موجب التمسك العهد القود الا الآن يعصفوا الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

بدل جزء متصل ذات بالجنابة وولى الجنابة قد استحقها بكل جزء منها فافات من الاجزاء بعرض قام العوض مقامه وأنا كما لو قتلته وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولى الجنابة اعتبارا للجزء بالكل بمخلاف الوادفانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذ كر في الكتاب الاقرار بالحريية قبل الجنابة وفي المبسوط بعدها لا تفاوت في ذلك وقوله (وابراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وبراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجنابة اعتنا حتى يصير به مختارا للفسداء ان علم بذلك أو مسه لم كالحق المجنى عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة لا بجهة وقوله (واذا أعنت العبد) يعني اذا أعنت عبد معترف بالرق (فقال لرجل قتلته أهلك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معترف بالرق والوجوب في جنابة العبد على المولى دفعا وفداء واعتراض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأوجب بأن اعتبار التاريخ لا ترجح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبد اعنتك قبل أن تخلق أو أخلق

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفوته (قوله فان قتلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون ههنا ليس هو الدين بل العين الذي أنلفه

وقوله (كن القول قوله) يعني مع بينه وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه منكر للضمان قال (ومن أعتق جارية ثم قال أيا) هذه المسئلة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافاة للضمان ومعنى قوله (الاجماع والغلة) أن يقول لها جاعل وأنت أمتي وأخذت منك غلة عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فإن القول قول المولى المستحسن عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الأشياء ما بعينه فإنه يؤثر برده عليه أي لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلفا فيه على هذا الوجه فإن الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رحمه الله على الأصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بأنه أقر به أي بما أخذه منه (حيث اعترف بالأخذ منه) (٣٥٣)

قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها وله ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله (وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافاة للضمان لأنه يضمن بدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر وكذلك إذا أخذ من غلته وإن كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فصل فيهما الأسناد إلى حالة معهودة منافاة للضمان بخلاف غيرها (لأنه بمنزلة ما إذا قال غيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصاً وارشاً (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفعوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف إن كان صحيحاً حال

وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها أقطع بذلك وأنت أمتي وقالت قطعتم أو أنا حره فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الإجماع والغلة استحسننا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الأشياء ما بعينه يؤثر برده عليه) لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفهم إلى حالة معهودة منافاة له كافي المسئلة الأولى وكافي الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر به أي ما أخذه منه ثم ادعى التملك عليه وهي منكورة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها وله ما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفعوأة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافاة للضمان لأنه يضمن بدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أتمه المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذ من غلته وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فصل الأسناد إلى حالة معهودة منافاة للضمان

اسقاط موجب الجناية وإن أريد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل بل يقر بذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وإن سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فإذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة إلا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الأصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسيين صورتي العفو والصلح إذا العفو أيضاً لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الأصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها أقطع بذلك وأنت أمتي وقالت بل قطعتم أو أنا حره فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضاً مبناها على إسناد الإقرار إلى حالة منافاة للضمان أقول ليس هذا بسد لئلا يبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على إسناد الإقرار إلى حالة منافاة للضمان كافي المسئلة الأولى والأما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كافي المسئلة الأولى وانما يبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله إلا بجهة كما يظهر مما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد إسناد الإقرار إلى حالة منافاة للضمان إلا أن قوله المس بطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرنا بطريق الاستطراد لا لإصالة الفهم ببناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بياناً للمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العمد إلى المال فقبل العمدول إذا فات المحل بطل الحق واعتراض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما إذا قطع عين شخص ثم شلت يمينه وفق العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الأصل المذكور وأحيب بأن المراد فق عذبه به فهو رها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربى إذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بياناً للمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الإجماع والغلة استحسننا) أقول سبق في كتاب المأذون أن المولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

مال حربي ثم أسلم الحربى ثم خرجا اليها فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت منى وأنا مسلم فأتها على الخلاف
 كذا قيل فان سمع ذلك فوجهه قول محمد رحمه الله أنه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية لله من وجه قوله ما أنه ليس كذلك لان مال
 الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقرب بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة والله أعلم واصاصل أن هذه المسائل على
 ثلاثة أوجه في وجه يكون (٣٦٣) القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الله له أو وطئها أو في وجه يكون القول

قول الحربى وشه ما اذا أقر
 المولى أنه أخذ منها مالا
 وشه قائم في يده وفي وجه
 اختلافهما وهو ما اذا استلث
 ماله أو قطع يدها وقد
 اتفقوا على أصلي أحدهما
 أن الاسناد الى حالة معهودة
 منافية للضمان بوجوب
 سقوط المقر به والاخر أن
 من أقرب بسبب الضمان ثم
 ادعى ما يبرئه لا يسمع منه
 الابحجة فالوجه الاول
 يخرج على الاصل الاول
 بالاتفاق والوجه الثاني
 يخرج على الاصل الثاني
 بالاتفاق والوجه الثالث
 خرج به محمد رحمه الله على
 الاول وهما على الثاني وقوله

قال (واذا أمر العبد المحجور وعليه صيد احراق قتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لانه هو القاتل حقيقة
 وعنده وخطوه سواء على ما بينا من قبل (ولاشئ على الآخر) وكذا اذا كان الآخر صبيانا لم يلايواخذان
 بأقر اليه حالان المواخذة قيم اباعة بمار الشرع وما اعتبر قوله ما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآخر
 أيد او يرجعون على العبد الآخر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لانتقام أهلية
 العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاخلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآخر عبدا
 والمأمور عبدا المحجور وعليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في
 الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان
 القتل خطأ وكذا اذا كان عبدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص
 لم يبرئه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلا من عبدا ولكل واحد منهما وليا فقتل أحدهما
 واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخر من أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لانه لما عفا أحد وليي
 كل واحد منهما ماسقط القصاص وانقلب مالا فصار كالووجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في
 الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العاقفين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما
 عبدا والاخر خطأ فعا حد وليي العمد فان فداه المولى فداه بمائة عشرة ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف
 من وليي العمد وعشرة آلاف لولي الخطا) لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطا في كل الدية عشرة
 آلاف وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضاييق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان
 دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثة لولي الخطا وثلاثة لغير العاق من وليي العمد عند أبي حنيفة وقال لا يدفعه
 ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطا واربعة لولي العمد)

(واذا أمر العبد المحجور
 على الوجه الذي ذكره
 ظاهر وقوله (على ما بينا
 من قبل) إشارة الى ما ذكره
 قبيل فصل الجنين وقوله
 (لانه غير مضطر في دفع
 الزيادة) أى لضرورة في
 اعطاء الزيادة لانه يتخلص
 عن عهدة الضمان باعطاء
 الأقل من الفداء أو قيمة
 العبد لانه انما أتلف بأمره
 ما هو الاقل منه ما قال (واذا
 قتل العبد رجلا من عبدا)

مال حربي ثم أسلم الحربى ثم خرجا اليها فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت منى
 وأنا مسلم فأتها على الخلاف كذا قيل فان سمع ذلك فوجه قول محمد رحمه الله أنه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية
 للضمان ووجه قوله ما أنه ليس كذلك لان مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافكان قد أقرب بسبب
 الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الابحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان
 قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسألة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخل في مسألة القطع نفسها
 الا انه نظير لها لا اشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما السبب اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان
 عندهما وكونه نظير لما نحن فيه تعلق محض به فان التفسير كثير الوقوع في استند لاتهم شائع فيما
 بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربى اذا أخذه وهو مستامن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره
 فقات عينك العينى وعينى البقي صحيحة الخ وأما ثانيا فلان قوله ووجه قوله ما أنه ليس كذلك لان
 مال الحربى قد يضمن اذا أخذه دينافليس بشرح مطابق للشرح وانما المطابق له أن يقال لان مال
 الحربى قد يضمن اذا أخذه وهو مستامن تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثة لولي الخطا وثلاثة
 لغير العاق من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يدفعه ارباعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا

كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا لثلاثة لولي الخطا وثلاثة لغير العاق من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله
 قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ
 اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشئ لان الامر لم يصح والامر لم يوقع في هذه الورطة ليجال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان
 المأمور صبيانا انتهى أجب بأن أمره استخدام وانلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطبت ضمن المستخدم كذا هذا فليتأمل

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين إذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما إذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا باع عبدا انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك السبعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المراجعة لأن العين الواحدة تضيق عن الحقيقتين على وجه الكمال وإذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمه الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه لساكت من ولي العبد لأن حق ولي العبد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فبطل حق ولي الخطأ بهذا النصف بلامنازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضولين ولا يبي حبيثة رحمه الله أن أصل حقه هو ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لأن حق ولي الخطأ في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب (٣٦٧) كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطأ بلامنازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتم نصف فلهم هذا يقسم أرباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لأن الحق يتعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذا المسئلة تطأر واضد ادز كرها في الزيادة قال (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقال لا يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادة قتل مولا له ابنان فعفا أحدهما بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يزد كاختلاف الرواية لأبي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع

ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لأن المالك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله (وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) فسر المصنف رحمه الله بقوله أي قريبا لهما قال الله تعالى وإني خفت الموالي من ورائي أي الأقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقا فعفا

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك إلى شريكك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والأشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد إن حق كل واحد من المولين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول يخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجال من أن قوله (وإذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن يتعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ولا بد من هذا التقييد على ما صرحوا فانه إذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لا بد من التقييد بأن لا يكون يتعلق الحقيقتين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لأن الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولا يبي حبيثة أن أصل حقه هو ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وإن كان للمولى حق النقل إلى الفداء وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لأن الحق يتعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا لأن يراد بالرقبة الذمة مجازا

فإن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له لأن العبد في حق الدم يبقى على أصل الحرية والمولى في دمه كاجنبي فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقا له بذلك فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف ما لا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده دية أو ما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو بتسديده ربع الدية ولا يخيصة رجه الله أن نصيب العاني قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله في ملك شريكه فينقلب ما لا ويحتمل أن يكون كله في ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه (٣٦٨) في ملك نفسه ونصفه في نصيب العاني فينقلب نصف هذا النصف وهو

الربع ما لا فالحتمل هذا واحتمل ذلك لا ينقلب ما لا لأن المال لا يجب بالشك ووقع في نسخ الهداية في هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع فصل في ما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجفاية على العبد وقدم الأول ترجيحاً لجانب الفاعلية (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمة لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم - والعشرة وفي الامية اذا زادت قيمته على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة

لأن ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف ما لا غير أنه شائع في الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ما لا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف هو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه أو بتسديده ربع الدية وله ما لا يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه وهذا تقضى منه ديونه وتسد به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دية فلا يخلفه الورثة فيه فصل (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمة لا تزاد على عشرة آلاف درهم فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامية اذا زادت قيمته على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة) لأن حق ولي العبد كان في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلى حق وليي الخطأ - هذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطأ والساكت من ولي العبد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعاً كما في مسألة الفضولين ولا يخيصة رجه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا الان حق ولي الخطأ في عشرة وحق شريك العاني في خمسة فيضرب كل واحد منهما بمجسدة كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف رجل وألفان لا آخر مات المديون وترك ألفاً كانت الثركة بين صاحبي الدين اثلاثاً بطريق العول والمضاربة ثلثاً لصالح صاحب الألفين وثلثاً لصالح الألف فكذلكها بما يخلفه بيع الفضولي لأن الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيان والمجسدي في الجامع الصغير الى هنا كلامه واقفى أثره في هذا الشرح والبيان صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لأن المصنف صرح في أوائل هذا الباب بأن الواجب الاصل في جنابة المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لقوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى القداء كما في مال الزكاة وصرح به أيضاً عامة الفقهاء في كتبهم فامعنى بناء قول أبي خنيفة في هذه المسألة على أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش وهذا لا يقتضي هذا أن يكون الواجب الاصل في جنابة المملوك هو القداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف في بيان طريقة أبي خنيفة رجه الله هنا لأن الحق تعلق بالرقبة بتدويعها ذكره هؤلاء الشراح في تعليل قول أبي خنيفة رجه الله في هذه المسألة كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة فصل في الجنابة على العبد لما فرغ من بيان أحكام جنابة العبد شرع في بيان أحكام الجفاية

نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده ما لا وما كان في نصيب صاحبه بقي وهو نصف النصف هو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه أو بتسديده ربع الدية وله ما لا يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينقذه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى يستوجب على عبده دية فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها في بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة في أكثر نسخها والحق أن يكتب لأنه اذا لم يكتب تخلفوا مسألة في الجامع الصغير عن الدليل أصلاً انتهى وأنت خير بأن التعليل المذكور يخص بوضع الديات وتبقى مسألة الجامع الصغير طالبة عن التعليل البتة فصل ومن قتل عبداً خطأ

وكان غصب) وأما أنه بدل
المالية بالقيمة فظاهر وهذا
كما ترى ترجيح لجانب المالية
على الأهمية لأن المماثلة
واجب الرعاية والرعاية في
ذلك أكثر لأن المال وإن
كثر لا يماثل النفس ويمائل
المال (ولابي حنيفة ومحمد
وحدهما التهمة له تعالى وبديهة

على العبد وقدم الاولى ترجيحاً لجانبا الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية
البيان انما قدم جنابة العبيد على الجنابة عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول)
فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع ان يجوز أن يكون وجود
ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجنى عليه سبعين سنة
أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان اريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا
فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توجدان معاً في آن واحد وهو أن تعلق الفعل المتعدي
بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف
على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولا يـ حنيفة وعجم درجهما الله قوله تعالى ودية مسلمة
الى أهله أو جبهامطلقا وهي اسم للواجب بعبادة الآدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أو جبه
الدية مطلقا فمن قتل خطأ حراً كان أو عبداً والدية اسم للواجب بعبادة الآدمية كذا في العناية وغيرها
(أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضاً خطأ هو الدية التي تكون واجبة
بعبادة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار انساويهم في الآدمية كما لا تتفاوت
ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوده شتى مع أن ديات
العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الآدمية
حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فوجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع
بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف
وفيه معنى المالية حتى ورد عليه المالك بالخلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فوجب اعتبارها باهدار
الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يقضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالية
بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض
الفضلاء بانه منقوض بصورة الغضب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى (أقول) ليس
هذا وارد فان اهدار أحدهما انما يتصور فيما اذا وجد اختلافهما فاعتبرا أحدهما واهدار الآخر

(٤٧ - اكمله فامن) بأن الجمع انما يوجد بإيجاب الدية مع كمال القيمة وذلك الاجماع وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهم او كان كالغصب وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قوله لان الادمية أصل لقيام المالية به وفي اهدار الاصل اهدار التابع (أقول منقوض بصورة دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهم اوصار كليل القيمة وقوله (يا تر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ
ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روى عنه لا يبلغ بقيمة العبدية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول اصح لما وافقته لاكثر
النسخ واعتبر بان اثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض عما روى ان عمر وعلي بن عمر رضي الله عنهما اوجبوا في قتل العبد قيمته
بالغة ما بلغت وأجيب بان المروى (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه ارجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يمتد الى العبد

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا يسمع فيه فقد رناه بقيمة رأينا بخلاف كثير القيمة لان قيمة
الحرمة قدرة بعشرة آلاف درهم ونقصا منها في العبد اظهر ارا لاخطا طرقتة وتعين العشرة بأثر
عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزداد على خمسة آلاف الا خمسة)
لان البد من الادنى نصفه فتعبر بكماله وينقص هذا المقدار اظهارا لاخطا طرقتة وكل ما يقدر من
دية الحر فهو مدمر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قدرناه وان
غصب أمة قيمته عشرة آلاف الفان في يده فعليه تمام قيمته المائتا أن ضمان الغصب ضمان المالية
قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه
ولا اقتصاص منه وهذا عند أبي خنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرض اليد
وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباهه من له
الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

بأن يعطى لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان قتل العبد اتلاف
آدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الا آدمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية
بازالة اليد المحقة عنه واثبات اليد المبطله فيه كما اشار اليه المصنف بقوله وضمن الغصب بمقابلة المالية
اذ الغصب لا يرد الا على المال فثبت لم يوجد فيه اتلاف الا آدمية لم يلزم فيه اضرار الاصل الذي هو
الا آدمية فان معنى اضرارها ان لا يعطى لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد لاتلافه لم يتصور ان يرتب عليه
حكم شرعي فمن أين يلزم اضرارها تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا يسمع فيه
فقد رناه بقيمة رأينا) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا ان الرأى
والقياس لا يجريان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التمسك بالرأى من
غير سماع وأيضا ان العبد لا يتفاوتون في نفوس الا آدمية لا لمخالفة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من
تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الا آدمية كالتكليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها
من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الادمية فيها
نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمته عشرة آلاف الفان في يده فعليه تمام
قيمته) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبد اقيمة عشرة
آلفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع فما وجبه الاعادة هنا وتكرر مسئلة واحدة في
موضع قريب ليس من دأب المصنفين كالا يخفى ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكر هنا فانه المذكور
في الجامع الصغير والبداهة والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فربما ينسب قتل العبد
خطا وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذ اذادت قيمته على
دية الحر عند أبي خنيفة ومحمد خلا فالأبي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالايجاع
وجمع الدليل ثبنت المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول
لاشتباهه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

وليس فيما روى عن غيره
ذلك بل فيه قياس سائر
الاموال من تبلغ قيمته
بالغة ما بلغت فكأن يجوز
على أنهم قالوا بالراى ومثله
لا يعارض ما هو بمنزلة
المسموع من رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقوله
(لا يزداد على خمسة آلاف
الا خمسة) أي لا يزداد على
هذا المقدار قال في النهاية
هذا الذي ذكره خلاف
ظاهر الراء لانه ذكر في
المبسوط فاما طرف المملوك
فقد بينا أن المعتبر فيه
المالية لانه لا يضم
بالقصاص ولا بالكفارة
فلهذا كان الواجب فيه
القيمة بالغة ما بلغت الآن
محمد ارجحه الله قال في بعض
الروايات القول به هذا
يؤدى الى أنه يجب بقطع
طرف العبد فوق ما يجب
بقته له الى أن قال فلهذا
قال لا يزداد على نصف بدل
نفسه فيكون الواجب
خمس آلاف الا خمسة
وقوله (لان القيمة في
العبد كالدية في الحر) يعني
يجب في موضحة العبد نصف
عشر قيمة العبد لانه يجب
في الحر نصف عشر الدية

(اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قدرناه) اشارة الى قوله ولا يبي خنيفة ومحمد ارجهما الله قوله تعالى ودية
مسئلة الى أخيه وقوله (وان غصب أمة) ظاهره قال (ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا انحرى المذهب
وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباهه من له الحق) يعني المستوفى وجهه لانه منع القصاص

(قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أي فيما إذا كان له ورثة غير المولى وقبل أي في وجوهه يستوفي لأعلى أصل الوجوب لأنه لا فائدة الاستيفاء
فإذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أي في تعذر الاستيفاء وقيل أي في تحقق اشتباهه من له القصاص وتعذر استيفاء
القصاص لتحقيق اشتباهه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فباعتبار الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا ينزل الاشتباه)
جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن ينزل الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا ينزل الاشتباه في الحالين
مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللا ورثة بالعكس وعند (٣٧١) الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد

منهما على الدوام في الحالين
فلا يكون الاجتماع مفيدا
(بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته
لاخر) فان كل واحد منهما لم
ينفرد بالقصاص لان الموصى
له بالخدمة لا ملك له في الرقبة
والموصى له بالرقبة اذا
استوفي القصاص سقط
حق الموصى له بالخدمة لان
الرقبة قاتت لا إلى بدل فلا
عكس ابطال حقه عليه ولكن
اذا اجتمعا فقد رضى الموصى
له بالخدمة بفوات حقه
فيستوفيه الا خزل وال
الاشتباه وقوله (على اعتبار
احدى الحالتين) وهى حالة
الجرح قبل العتق والحالة
الآخرى هى حالة الموت بعد
العتق وقوله (فما يحتاج
فيه) يعنى فى الذى لا يثبت
بالشبهات فانه يحتج بهذا
عمن قال لا خزل على
ألف من قرص فقال المقر له
لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى
بالمال وان اختلف السبب
لان ذلك من الاموال
والاموال مما يقع البديل
والاباحة فيها فلا يبالى

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على
وجهه يستوفي وفيه الكلام واجتماعهما لا ينزل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان مال كل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا
اجتماعهم زال الاشتباه وللمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والورثة بالولاية على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق
فيما يحتاج فيه كما اذا قال لاخر بعنى هذه الجارية بكذا فقال المولى روجتكم املاك لا يحل له وطؤها
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه (الخ) واعترض عليه بعض
العلماء بأنه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الامة الحاملة فأعتق المولى الامة ثم ألقته حيافات
الولد بان المعتر حاله الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا في بيان
تلك المسئلة بأننا اعتبرنا حتى الضرب والتلف معافا وجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا
قيمه حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك في الكتاب وشروحه مفصلة في آخر فصل الجنين فكان
ذلك البعض حفظ بعض ما ذكره هناك ونسى بعضه فزعم أن المعتر هناك حالة الضرب فقط (قوله وفيه
الكلام) قال صاحب النهاية أي الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخى
بخطه الضمير في وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن ما دل ذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله
وفيه الكلام أي في وجوهه على وجهه يستوفي ولا كلام في أصل الوجوب لان الوجوب لا فائدة الاستيفاء
فاذا فات المطالب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أي كلامنا في تحقق
اشتباهه من له حق استيفاء القصاص يعنى ان تعذر استيفاء القصاص لتحقيق اشتباهه من له الاستيفاء
وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فباعتبار القصاص لتحقيق اشتباهه من له الاستيفاء
ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أي وفيما اذا كان له ورثة غير المولى
ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية في تفسير مراد المصنف
هنا واختاره صاحب الغاية ليس بشئ عندي لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص
في الوجه الاول مراد به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به السراح فاطبة كيف يحتاج هنا الى
أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا الغوامم الكلام كما يشهد به الفطرة
السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن
الركاكة بل عن اللغوية أيضا كما يدر كنه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب
الكفاية اذ ينظم المعنى حيث جددنا وبتعلق الكلام بقربه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله
فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاج فيه) قال جمهور السراح في تفسير ما يحتاج فيه أي الذى

باختلاف السبب كذا في الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك
والاولى أن يفسر ما يحتاج فيه بالماء والفروج فانه استشهد بعده بحمل الوطء وهو عما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لا يجري فيه البديل
(قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هى كذلك لا يرى أنها تثبت بشهادة رجل واحد أو اثنين على ما هو تفصيله ولعل الشبهة
انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثاني دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعده بحمل الوطء) أقول أي بعدم
حمل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظة ما نافية

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص
ألا ترى أن من جرح عبد انسان (٣٧٣) ثم أعتقه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا

القيمة وانما يضمن النقصان
زان كان خطا فبالاعتاق
وان كان عمدا فعند محمد
رحمه الله لان الدليل وهو
مخالفة النهاية للبداية
لا يفصل بينهما وبانقطاعهما
يبقى الجرح بالاسراية
والسراية بلا قطع فيمتنع
القصاص كانه تلف باق
سماوية فان قيل ينبغي
أن يجب ارض اليد للولى
لكونه جرحا بالاسراية
أجيب بأنه لا يجب نظرا الى
حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سرى تبين أن الجناية
قتل لا قطع (ولهما أنا نيقنا)
ثبوت ولاية الاستيفاء في
العبد للولى فيستوفيه (لان
المقتضى له) وهو المولى (معلوم
والحكم) وهو استيفاء
القصاص (متحد فوجب
القول بثبوت الاستيفاء
بخلاف الفصل الاول)
يعنى ما اذا كان له ورثة غير
المولى حيث لم يجب القصاص
بالانتفاق (لان مقتضى له
مجهول) لانا لو اعتبرنا حالة
الجرح كان مقتضى له هو
المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان
الورثة (ولا معتبر باختلاف
السبب هنا) أى فى الفصل
الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد
ورثة سوى المولى فى العمد

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بالاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
ولهما أنا نيقنا بثبوت الولاية للولى فيستوفيه وهذا لان مقتضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول
بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان مقتضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم
لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك الميتين يغير ملك النكاح حكما

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحتز به هذا عن قال لا آخر لك على ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن
مبيع فانه يقتضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال عما يقع فيها البذل والاباحة
فلا يباين باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز
بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر
ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا ترى الى ما صرحوا به فى كتاب الشهادة من
ان فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيام مقام شهادة الرجل فلا تقبل فيما يندرج بالشبهات من الحدود
والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق ما لا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى
أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعدد محل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه
أقول فيه خلل أما أولا فلأن المصنف ما استشهد بعدد محل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما
ثانيا فلأن محل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعاً نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل
لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف فى كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن
يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة
العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظه ما نافية أقول نسخ العناية
التي رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا
لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لم يلزم أن يحتز به عن الاموال بالضرورة ولانما ليست من
الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعدد محل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات
وكان لفظه ما نافية لم يلزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أوردته على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا
لا تثبت بالشبهات على زعم قصاصات كما استشهد به فى معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء
والفروج فيلزم أن يكون مائة أولى مشتركه الا لزام تأمل نزههم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية
وبانقطاعها يبقى الجرح بالاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحدرجه الله
تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبد
انسان ثم أعتقه مولاة ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن
النقصان فان كان خطا فبالاعتاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة
النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بالاسراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص
كانه تلف باق سماوية كذا فى العناية وكثير من الشروح وقال فى العناية بعد ذلك فان قيل ينبغي
أن يجب ارض اليد للولى لكونه جرحا بالاسراية أجيب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل
لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله فى السؤال ينبغي
أن يجب ارض اليد للولى أنه ينبغي أن يجب ذلك فى مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله ارض اليد دون

لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لو احدث وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى
المستشهد به بقوله كما اذا قال لا آخر بعنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها يختلف (لان ملك الميتين يغير ملك النكاح حكما) لان ملك
النكاح يثبت الحل مقصودا وملك الميتين قد لا يثبت ولو أثبت لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

وقوله (والاعتاق لا يقطع السرية) جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع للسرية ومعناه الاعتاق قاطع للسرية في صورة الخطادون العبد وذلك لانه لا يقطع السرية (لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطالان العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حرته فتقتضى منه دينونه وتنفذ وصاياه فبجاء الاشتباه أما الحمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق (٣٧٣)

سواء فلا اشتباه فيمن له الحق

والخاص من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عبدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السرية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقتضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وان كان الثاني فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقي ظاهر قال (ومن قال لعبدية أحد كما حرث شجرا) اذا قال لعبدية أحد كما حرث شجرا فأوقع العتق على أحدهما أي بين ذلك المبهم بالعمين في أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما في حق الارس معينا وان كان يظهر وقوع العتق على أحدهما في بعض الصور كما في الموت والقتل فإنه اذا قال أحد كما

والاعتاق لا يقطع السرية لذاته بل لاشتباها من له الحق وذلك في الخطادون العبد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حرته فتقتضى منه دينونه وينفذ وصاياه فبجاء الاشتباه أما الحمد فوجبه القصاص والعبد مبقى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث له سواء فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني قال (ومن قال لعبدية أحد كما حرث شجرا فأوقع العتق على أحدهما فأرثهما للمولى) لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان انشاء من وجهه واظهار من وجهه على ما عرف أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا اذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد في مسألة الكتاب على ما صرح به في الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغي على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغي أن يجب ذلك في المسئلة التي ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهي ان من جرح عبدا انسان ثم أعتقه مولا ثم مات العبد من تلك الجراحة فلا سؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكره منقوض بمسئلة الكتاب فإنه يجري فيها أيضا مع أنه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققت تدبر (قوله وذلك في الخطادون العبد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت حرته فبجاء الاشتباه) أقول في هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت لانه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق في المال على كتابا لهما الميتين هو المولى فلا اشتباه الا يرى الى قول المصنف في صورة العبد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه اذا وارث سواء فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف في تحقق الاشتباه المقتضى لقطع الاعتاق السرية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد في دفع ذلك يتجه الاشكال على صورة العبد فان حق القصاص في هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية في حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما في الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته على ما تقرر كانه في أول باب الشهادة في القتل من كتاب الجنائيات فيم الزم اشتباها من له الحق ابتداء في صورة العبد أيضا على أصل أبي حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتي الخطا والحمد بالوجه المذكور في الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله في مسألة بنا فليتمأسل في الدفع

حرثات أحدهما أو قتل تعين العتق لا آخر (فارثهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة) فيكون أرثهما للمالك (ولو قتلها رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لقيمة عبيدين ولادية حرين (والفرق ان البيان وهو تعين العتق المبهم في أحدهما انشاء من وجهه اظهر من وجهه على ما عرف) في أصول الفقه أن البيان انشاء من وجهه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجهه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجهه لما أجبر عليه اذا المرء لا يجبر على انشاء العتق

والعبد (بعد النجبة) للبيان فاعتبر انشاء في حقهما ما بعد الموت لم يبق محللا للبيان فاعتبرناه اظهرناهما أحدهما ماحر بيمين قتيبة قيمة عبد رديا حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا أن القاتل إما أن يكون واحداً أو اثنين فإن كان واحداً فإلزاماً أن قتله ماعداً أو متعاقبان كان الأول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فإن لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وإن كانت فكل واحد منهما ما يجب دية في حال رقيته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لا نتيقن أنه قتل عبداً أو حر أو قتل الحر بوجوب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فإلزامه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وإن كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الأول فكان على القاتل قيمة الأول للمولى ودية الثاني للورثة وإن كان القاتل اثنين فإما أن قتلا معاً أو متعاقبان كان الأول كان على كل واحد منهما قيمة عبدان كل واحد (٣٧٤) من القاتلين انما قتل أحدهما بعيته والعفو في حق العين كأنه غير نازل

وبعد النجبة بقي محللا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما ما بعد الموت لم يبق محللا للبيان فاعتبرناه اظهرناهما أحدهما ماحر بيمين قتيبة قيمة عبد رديا حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لأننا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما ماحراً وكل منهما ما يكر ذلك ولأن القياس بأبي ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفسد فائدة وانما صححناه من ورثة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتم قدره قدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكاً في حقها قال (ومن فقا عيني عبداً فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة وقالان شاء أمسك العبد وأخذ ما نكصه وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمه كل القيمة ويسك الخئة لأنه يجعل الضمان مقابلاً للقائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع إحدى يديه أو فقا إحدى عينيه ونحن نقول ان المألية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعلمه

وانما هو نازل في المنكر ولانتيقن ان كل واحد منهما قاتل ذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى أو لورثته ما قيل هذا والأول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فإن العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وإن لم يدر أيهما قتل أو لا فالحكم كذلك وإن كان الثاني فعلى القاتل الأول قيمته مولاه وعلى الثاني دية الثاني لو رثته لأن العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتله ماعداً أو متعاقبان كان

(قوله وبعد النجبة بقي محللا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتيقن بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المألية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر اعلمه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المألية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المألية في حق الذات قصر اعلمه أي لأن اعتبار المألية في حق الذات مقتصر عليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المألية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعها هذا ما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافي لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمه الله تعالى حيث قال ولأن فيه أي في العبد معنى الأدمية حتى كان مكافؤ فيه معنى المألية والأدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول

القاتل واحد أو اثنين وقوله (ولأن القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن وإذا القياس (بأبي ثبوت العتق في المجهول) لأنه لا يفسد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين الميهم في أحدهما بعيته (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لأنها محل العتق (دون الاطراف) لأنه ان حلها حل تبعاً فيبقى العبد مملوكاً في حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقا عيني مملوكاً) هذه المسئلة تسمى مسألة الجئة العمياء وصورته ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وفاس على ما اذا قطع يدي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع إحدى يديه وفقاً إحدى عينيه ونحن نقول ان المألية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لأن اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصر عليه ساقط بالاجماع فإن الشرع قد أوجب كمال الدية بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف ولأنه أولى باعتبار المألية فيها لأنها يسلك بها مسلك الاموال

(قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتقويت جنس المنفعة بتقويت الاطراف) أقول فيه بحث

وإذا كانت معتبرة في الاطراف كان قيامها فيها كقيامها في الذات وفواتها بفواتها كفواتها (٣٧٥) بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف

كان اتلاف الذات من وجه
بتفويت جنس المنفعة (وقد
وجد اتلاف النفس من وجه
بتفويت جنس المنفعة)
فيجب الضمان (والضمان
يتقدر بقيمة الكل) وأداء
قيمة الكل يقتضي (تلك
الجنة دفعا للضرر ورعاية
للمآثلة بخلاف ما إذا فاقا
عني حرانه ليس فيه معنى
المالية وبخلاف عني
المدير لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك وفي قطع
احدى اليدين وفق واحد
العينين لم يوجد تفويت
جنس المنفعة) حتى يصير
بمنزلة اتلاف النفس *
ولما فرغ من الاستدلال
على الشافعي رحمه الله شرع
في الاستدلال لبعض
أصحابنا رحمه الله فقال
(ولهما) أي لابي يوسف ومحمد
رحمهما الله (أن معنى المالية
لما كان معتبرا واجب أن
يتخير المولى على الوجه الذي
ذكرناه) وهو قوله وقالان
شاء أمسك العبد الخ وبين
الملازمة بقوله (كافي سائر
الاموال فان من خرق ثوب
غيره خرقا فاحشا ان شاء
المالك دفع الثوب اليه
وضمنه قيمته وان شاء أمسك
الثوب وضمنه النقصان وله
أن المالية وان كانت معتبرة
في الذات فالأدمية غير مهذرة
فيه وفي الاطراف أيضا

وإذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر
بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجنة دفعا للضرر ورعاية للمآثلة بخلاف ما إذا فاقا عني حرانه ليس فيه
معنى المالية وبخلاف عني المدير لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفق
احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا واجب أن يتخير
المولى على الوجه الذي قلناه كافي سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع
الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة
في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا ألا ترى ان عبد الوقطع يد عبد آخر يؤمر المولى
بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الأدمية لان موجب الجنابة على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام
الأولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجنة

ما قاله هناك ان المالية التي هي أدنى من الأدمية مهذرة في حق ذات العبد لانه عذر الجوع بيننا وبين
الأدمية وانما المعتبرة فيه هي الأدمية عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله وممدلول كلامه هنا
على المعنى المذكور أن المالية معتبرة في حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فينبغي ما تدافع لا يخفى
ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجهمي ورفال في تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي في جميع البدن وحده
مقتصر عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت
الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلا تفسر الذات بجميع البدن وليس يصح لان جميع
البدن من الاطراف قال في الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم نجيبك ببذك قالوا بحسد
لأرواح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بإزالة الروح وأما ثانيا
فلا تعلق سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت
جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسد لان إيجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على
اعتبار المالية في حق الاطراف لجواز أن يكون إيجابه إياه لأدمية كافي الحر تدبر وقال تاج الشريعة
من الشراح في حل كلام المصنف هنا يعني ان اعتبار المالية في الاطراف لافي الذات لان اتسلك مسلك
الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات في قول المصنف المالية قائمة في الذات بالعبد حيث قال
أي في العبد وقال في شرح قوله لسقوط اعتبارها في حق الذات قصر عليه يعني ان سقوط اعتبار
المالية مقتصر في النفس لافي الاطراف ووجوب الضمان بدل الأدمية لا يدل المالية ولهذا لا يجوز
على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية في العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو
المطابق لما ذكره المصنف في تعليل المسئلة المارة في صدر الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وان كان في استنفادته من عبارة المصنف ههنا تجعل كسير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هناك من
قبل أبي يوسف وكلامه هنا مسوق لا قامة الحجة على الشافعي من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول
فلا بد أن يطابق لاصولهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن
الاضطراب كالأذى على الفطن واعل صاحب السكا في تفتن له حيث ترك أساليب تقرير المصنف
هنا وسلك مسلكا آخر في التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتضي أثر المصنف في وضع المسائل وتقرير
الدلائل (قوله وله أن المالية وان كانت معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه وفي الاطراف أيضا)
أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والأدمية معتبران معا في ذات العبد أي نفسه وأطرافه أيضا

ألا ترى ان عبد الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الأولى) أي الأدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أي لا يتوزع كمال بدل
النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كافي فق عني الحر (ولا يتملك الجنة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجنابة وهو الضمان على الأجرأة والجنابة وتلك الجنابة كافي بخبرين
 الثوب (فوق راعى الشبهين حفظهما من الحكم) يعني بالنظر إلى الأدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعا بل بأزاء النسائت لا غير
 وبالنظر إلى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجنابة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قال الغاء الجنابة الأدمية
 حيث جعله كالثوب الخرق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالية أصلا حيث جعله كخرقة عينا ففوق راعى الشبهين
 حفظه ما قلنا إن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظر إلى المالية وإن شاء أمسكه ولا شيء له نظر إلى الأدمية والله أعلم
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد (٣٧٦) لما ذكر باب جنابة المملوك والجنابة عليه قد علم من هو كمل في

استحقاق اسم المملوكية
 وهو العبد ثم ذكر فصل من
 هو أخط رتبة منه في اسم
 المملوكية وهو المدبر وأم
 الولد غير أن أم الولد أخط
 رتبة أيضا من المدبر في ذلك
 الاسم حتى إن القاضي لو
 قضى بجواز بيعه لما ينفذ
 بخلاف المدبر وهي أنى
 أيضا فالأثوة والاشطاط
 في اسم المملوكية أوجبا
 تأخير ذكرها عن ذكر
 المدبر قال (وإذ اجنى
 المدبر وأم الولد جنابة ضمن
 المولى الخ) جنابة المدبر على
 سيده في ماله دون عاقلته
 حاله (لما روى أن أبا عبيدة
 ابن الجراح رضى الله عنه
 قضى بجنابة المدبر على
 مولاه) وكان أميراً بالشام
 وقضاياه تظهر بين العصابة
 رضى الله عنهم وكان حكمه
 يحضر من العصابة ولم
 ينكره عليه أحد فحل محل
 الإجماع (ولأنه صار مانعاً من
 تسليبه) كما ذكره في الكتاب

ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجنابة فوق راعى الشبهين حفظهما من الحكم
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد (وإذ اجنى المدبر وأم الولد جنابة ضمن المولى الأقل من
 قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضى الله عنه أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه ولأنه صار
 مانعاً عن تسليبه في الجنابة بالتدبير والاستيلاء من غير اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة
 وهو لا يعلم وانما يجب الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لا حق لولى الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من
 المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لا اختياره الأقل لا محالة
 بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفقد التخيير بين الدفع والفداء (وجنابات المدبر وإن
 نألت لا توجب الأقيمة واحدة) لأنه لا يمنع منه إلا رقبة واحدة ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك
 لا يتكرر فلهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل إن الاعتبار في ذات العبد عند أبي حنيفة
 ومحمد رحمه الله هي الأدمية دون المالية فإنهم مهذرة في ذاته عندهما في فصل الجنابة ولهذا لو زادت
 قيمته على تمام الدياته نقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم إلا أن
 يحمل قوله هنا أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى أن المالية وإن فرضت
 معتبرة في الذات فالأدمية غير مهذرة فيه ولكنه لا يخلو عن بعد

فصل في جنابة المدبر وأم الولد والجنابة على كل واحد منهما ما (لما ذكر باب جنابة
 المملوك والجنابة عليه قد علم من هو كمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل
 من هو أخط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه
 إن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرحوا به بخلاف المكاتب فإنه على العكس أي
 (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح إن كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة إلى المكاتب
 حيث يملكهما المولى يداور رقبة بخلاف المكاتب فإن مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله
 لا ينافي أدمية الملك في العبد فإن مولاه يملكه يداور رقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه
 بخلاف المدبر وأم الولد فإن مولاهما لا يملك التصرف فيه من جهة البيع والهبة وأشياءهما
 لأنهما لا يصلحان ذلك عندنا على ما عرف أيضاً في محله ولا يخفى أن أدمية الملك في العبد كافية في تفديعه
 على المدبر وأم الولد في الذكرك في باب جنابة المملوك والجنابة عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

ويضمن المولى الأقل من قيمته ومن الأرض لأنه لا حق لولى الجنابة في أكثر من الأرض ولا منع من المولى في
 أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الأقل والأكثر) واضح

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء الجانب المالية أصلا حيث جعله كخرقة عينا) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما إذا قتل العبد خطأ
 فبالله اعتبره هنا الأدمية
 فصل في جنابة المدبر وأم الولد (قوله وهو العبد) أقول الأول وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أخط رتبة في اسم المملوكية وهو
 المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فإنه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالخصص فيها) أي في القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه) قال في النهاية ومن صورته ما ذكره في الميسر قال وإذا قتل المدير رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته إلى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته إلى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لأنه جنى على الثاني وقيمته ألفان ولولم يكن منه إلا تلك الجنابة لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم ألف من هذا المولى القتل الأوسط خاصة لأن المولى الأول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له في الألف الثانية فيسلم ذلك للمولى القتل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين المولى القتل الأول وبين الأوسط لأنه لاحق في هذه الخمسمائة للمولى القتل الثالث وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الأوسط والأول يضرب فيها الأول بعشرة آلاف والأوسط بتسعة آلاف لأنه وصل إليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جيعا يضرب فيها الألف بربع عشرة آلاف لأنه ما وصل إليه شيء

من حقه ويضرب الأول بعشرة آلاف إلا ما أخذ لانه وصل إليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الأوسط لا يضرب بما أخذ في المراتين وانما يضرب بما بقي من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شيء عليه) أي على المولى لأنه ما لزمه أكثر من قيمة واحدة بجنياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شيء وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولي بالخيار) أي فولي الجنابة الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته في ذمته ثم يرجع المولى على الأول لأنه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولي الجنابة الأولى) (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا شيء على المولى)

ويتضاربون بالخصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجنابة عليه لأن المنع في هذا الوقت يتحقق قال (فإن جنى جنابة أخرى وقد دفع المولى القيمة إلى ولي الأول بقضاء فلا شيء عليه) لأنه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجنابة وهذا عند أبي حنيفة وقال لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولا يبي حنيفة ان المولى جان يدفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وولي الأول ضامنا بقبض حقه ظلم فيخير وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقه فجعلت كالمقارنة في حق التضمنين لا بطله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين

قالوا قدم من هو أكمل في استحقاق اسم الملوكية وهو العبد تبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعني لما علمنا بشبهه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما وجب أن نعمل بشبهه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر إذ للخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبهه المقارنة في حق تشريك ولي الجنابة الثانية لولي الجنابة الأولى إذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولي الجنابة الأولى خاصة لتقدمه في استحقاقه المدفوع على ولي الجنابة الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للأولى حكما علمنا بشبهه المقارنة فشاركنا ولي الجنابة الأولى في الأولى كإدلال عليه قول المصنف لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى فإذا وقع العمل بشبهه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج إلى العمل بشبهه مرة أخرى بتضمنين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية في بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمنين إذ اوقع بغير قضاء لأنه أبط ما تعلق به حق الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذ اوقع بقضاء لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهه المقارنة والتأخر اهـ وقدنفه صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر المعنى الأول ولم يتعرض له بشيء (أقول) فيه خلل لأن العمل بالشبهين أمر واجب مهمما أمكن على ما عرف في موضعه فلما أمكن العمل به ما في صورة واحدة مما نحن فيه وهي ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير في اعتبار العمل بهما إلى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح

(٤٨٠ - تسكمه ثامن) لأنه ليس بجاني في الدفع (لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية موجودة وقد دفع كل الحق إلى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لأنه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضي لو رفع إليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كافي الرجوع في الهبة ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلأنه دفع حق ولي الجنابة الثانية طوعا وأما القابض وهو ولي الجنابة الأولى فيقبض حق ولي الثانية ظمنا والرجوع على الجاني جائز فيخير في الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجنابة الأولى ومتأخرة حكما من حيث أنه يعتبر قيمته يوم الجنابة الثانية في حقهما فجعلت الثانية كالمقارنة للأولى في حق التضمنين لا بطله) أي بطل المولى (ما تعلق به من حق ولي الجنابة الثانية) وذلك لأنه يجب عليه الضمان باعتباره منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك في حق أولياء الجنابتين سواء فجعل كان الدفع كان بعد وجود الجنابتين جميعا وهما لو دفع إلى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما علمنا شبه التأخر في ضمان الجنابة حتى اعتبرنا قيمته يوم الجنابة الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمن نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمن إذا دفع بغير قضاء لأنه أبطل ما يتعلق به حتى الثاني ولم يجعل كالمقارنة إذا دفع بقضاء لأنه مجبور بالدفع لا بشبه المقارنة والتأخر وقوله (وإذا أعتق المولى المديبر الخ) واضح

باب غصب العبد والمديبر والصبي والجنابة في ذلك

لماذا كره حكم المديبر في الجنابة (٣٧٨) ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع

(وإذا أعتق المولى المديبر وقد جن جنابات لم تلزمه الاقيمة واحدة) لان الضمان انما واجب عليه بالنوع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأما الولد بمنزلة المديبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاء مانع من الدفع كالسديبر (وإذا أقر المديبر بجنابة الخطأ لم يجز إقراره ولا يلزمه به شيء عتق أولم يعتق) لان موجب جنابة الخطأ على سيده وإقراره لا ينفذ على السيد والله أعلم

باب غصب العبد والمديبر والصبي والجنابة في ذلك

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأقصة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني ذلك لولم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفاً على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضاً أن يقال بتحقيق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للأولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الأولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجنابة فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

باب غصب العبد والمديبر والصبي والجنابة في ذلك

قال في النهاية لماذا كره حكم المديبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اه واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وقتوراً ما أولاً فلا ن وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعاً على هذا التوجيه وأما ثانياً فلا ن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المديبر ويرد منه من قبيل الجنابة عليه أو الجنابة منه فكان من حكم المديبر في الجنابة فماعتني قوله لماذا كره حكم المديبر في الجنابة ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما ثالثاً فلا ن الصبي ليس يلحق بالمديبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعتد ملحقاً بالمديبر بل بالعبد في كونه محجوراً عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر كره حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لماذا كره حكم العبد والمديبر في الجنابة شرع في بيان ما يرد عليه وما يرد منه ما ذكر كره حكم من يلحق بهما اه (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الأول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الآخران منه ما وردن عليه أيضاً كما ترى وقال في غاية البيان لماذا كره جنابة العبد والمديبر ذكر في هذا الباب جناباً مع غصبه ما لان المفرد قبل المركب ثم جرح كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اه وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجه المذكور وان أمكن التفرع برأى حسن منه نذكر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأقصة سماوية الخ)

يدعبه ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسئلة ان غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بأقصة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشريك لولي الجنابة الأولى ثم الأولى تبدل النصف ببعض

باب غصب العبد والمديبر والصبي والجنابة في ذلك

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس

بسبب الملك وصفوا والغاصب لا يملك الابداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه لان معنى قوله هم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرًا لأن ينسب ذلك الى غير الخاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافاً الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بأقصة سماوية فيضمن فليست أمثل

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لا يكون مستردا (وانه استولى عليه وهو استردا فيبر الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيان بأن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبديل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه في آخر رهن الجامع الثاني من جنباية الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع عما هو فوقه أو مثله وبالد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما وبالمولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة (٣٧٩)

على العبد حقيقة والنايب حكما دون النايب حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب بائصال السراية الى فعل المولى فمقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم أن بد الغاصب عليه ثابتة حكما فان بد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان بكاهما والبدا الحقيقة واجبة الرفع لكونها عندوانا لا تصلح معارضا ولا مبرحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بافعاله) يعني في حال رقه وأما في أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للقاء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجنباية

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وان استولى عليه وهو استردا فيبر الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عيدا محجورا عليه فبات في يده فهو ضمان) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا فخفي عنده جنباية ثم رده على المولى فجنبي عنده جنباية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أبحر نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للقاء فيصير مطلقا حق أولياء الجنباية اذ حقه فيهم ولم يمنع الارقية واحدة فلا يزداد على قيمتها ويكون بين ولي الجنباية وبين نصفين لا ستوائهم ما في الموجب قال (و يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البديل بسبب كان في بد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهما السبب قال (وي دفعه الى ولي الجنباية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله) واعترض الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البديل على الغاصب بقضاء أو رضالا ان السراية انما تنقطع به باعتبار تبديل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البديل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه في آخر رهن الجامع والباب الثاني من جنباية الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع بالغصب ورد على مال متقوم فانه قد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع عما هو فوقه أو مثله وبالد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما وبالمولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والنايب حكما دون النايب حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب بائصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنبي عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشيء وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيان أو رد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم أن بد الغاصب عليه ثابتة حكما فان بد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان بكاهما والبدا الحقيقة واجبة الرفع لكونها عندوانا لا تصلح معارضا ولا مبرحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت بد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت البديل على الشيء حكما أن يترتب على تلك البدل حكم من الاحكام وقد ترتب على بد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

حدث من المدبر في المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتناق العبد الجاني من غير علم بجنباية فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فيصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بهما السبب) أي بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عيدا فخفي في يده فصرده الى المولى فجنبي جنباية فدفع الى ولي الجنباية كان المولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (وي دفعه) أي النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولي الجنباية الاولى ثم يرجع بذلك) أي بالمدفوع الى ولي الجنباية (على الغاصب وهذا) أي هذا الدفع الثاني والرجوع الثاني (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله)

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشيء الواحد بدان حكمتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده

وقال محمد رحمه الله يرجع
بنصف قيمته فيسلم له) أى
لا يدفعه الى ولى الجنابة
الاولى (لان الذى يرجع به
المولى على الغاصب عوض
ماسلم لولى الجنابة الاولى
فلا يدفعه اليه لئلا يؤدي
الى اجتماع البدل والمبدل
فى ملك رجل واحد ولئلا
يتكرر الاستحقاق) والجواب
أن المولى ملك ما قبضه
من الغاصب ودفعه الى
ولى الجنابة الاولى عوضا
عما أخذه ولى الجنابة
الثانية دون الاولى فلا
يجتمع البدل والمبدل فى
ملك شخص واحد (ولهما
أن حق الأول فى جميع
القيمة لانه حين جنى فى
حقه لا يراجه أحد وانما
انتقص حقه بمرأه الثانية
فاذا وجد شيئا من بدل
العبد فى يد المالك فارغا
أخذه تمام لحقه واذا
أخذه منه يرجع المولى
بما أخذه على الغاصب لانه
استحق من يده بسبب كان
فى يد الغاصب) واعترض
بأن الثانية مقارنة للأولى
فكيف يكون حق الاول
فى جميع القيمة والجواب
أن المقارنة جعلت حكما
حق التضمن لا غير والاولى
متقدمة حقيقة وفقد
انعقدت موجبة لكل
القيمة من غير من احم
وأمكن توفير مو جها فلا
يجتمع بلا مانع

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى
الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكيلا يتكرر
الاستحقاق ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يراجه أحد وانما انتقص
باعتبار مرأه الثانية فاذا وجد شيئا من بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه ليطم حقه فاذا أخذه منه
يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب
وأما سند مضمعه فليس بنام أيضا اذ لا يحدور فى ان يثبت على الشئ الواحد بدان حكميتان بكم الهما من
جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت بدل المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سرية القطع الذى
صدر منه فى يده وثبوت بدل الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلاف الجهتان (قوله
وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ماسلم لولى
الجنابة الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد) قال تاج
الشرعية جوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولى الجنابة الاولى حتى
يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولى الجنابة الثانية فلا يجتمع البدل
والمبدل فى ملك واحد اهـ (أقول) فيه نظر لان الذى يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن
يكون عوض ما أخذه ولى الجنابة الثانية والجنابة الثانية فى مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند
الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولى الجنابة الاولى من صدرت من
مدبره حال كونه فى يده والعهد فى مثل ذلك على ذى اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد بين
هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية التى هى عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هناك كما مستطلع عليه
وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولى الجنابة الاولى عوضا
عما أخذه ولى الجنابة الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد اهـ (أقول)
هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الآن فى تقريره مساع التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة
حيث اعتبر التعارض فى جانب الدفع الى ولى الجنابة الاولى لاقى جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم
ثم ان الاظهر فى الجواب عما فانه محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جهو والشرائح وعزاه صاحب
الغاية الى الامام قاضيان حيث قال وجوابه ما قال نخر الدين قاضيان ان ما أخذه المولى من الغاصب
هو بدل عن المدفوع الى ولى الجنابة الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما فى حق ولى الجنابة
الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشئ الواحد بدلا عن عين فى حق انسان
ويكون بدلا عن شئ آخر فى حق غيره كالنصرانى اذا باع النجر وقضى منه دين المسلم يجوز ان يكون المأخوذ
بدل النجر فى حق النصرانى وفى حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اهـ (قوله ولهما أن حق الأول فى
جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يراجه أحد وانما انتقص باعتبار مرأه الثانية الخ) قال فى العناية
واعترض بأن الثانية مقارنة للأولى حكما فكيف يكون حق الاول فى جميع القيمة والجواب أن
المقارنة جعلت حكما فى حق التضمن لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة
من غير من احم وأمكن توفير موجبها فلا يمنع بلا مانع اهـ (أقول) فى الجواب بحث لانا لا نسلم أن
المقارنة جعلت حكما فى حق التضمن لا غير بل جعلت حكما أيضا فى حق مشاركة ولى الجنابة الثانية لولى
الجنابة الاولى كما أرشد اليه قول المصنف فى الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا
يشارك ولى الجنابة الثانية الاولى اهـ فاذا جعلت المقارنة حكما فى حق مشاركة ولى الجنابة الثانية
أيضا كان ولى الجنابة الثانية من اجمال ولى الجنابة الاولى فى استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولى
الجنابة الاولى وحده كل القيمة مع مرأه ولى الثانية له فى استحقاقه اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى
حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغي أن لا يستحق ولى الثانية شيئا من قيمة المدبر وليس الامر كذلك

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه فاذ كره ور بالاتفاق والفرق
لمحمد رجه الله بينهم وبين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب (٢٨١) الى ولي الجناية الاولى لم يؤدى الى

الجمع بين البذل والمبدل
لانها كانت الجناية الاولى
عند المولى كان ما اخذه
المولى من الغاصب بدلا عما
دفع الى ولي الجناية الثانية
دون الاولى لان الثانية هي
الموجودة عند الغاصب
واذا لم يكن بدلا عما دفع
اليه لا يلزم بالدفع جمع بين
البذل والمبدل وقوله (ثم
وضع) يعنى أن محمد ارجحه
الله وضع في الجامع الصغير
هذه المسئلة الى المبدل
ما رضعها في المبدل وكلامه
فيه واضح وقوله (ومن
غصب مبدرا فجنى عنده
جناية) كذلك وقوله (ثم
قبل هذه المسئلة على

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما ما
انصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا في الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل
بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فبدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب
وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى
فان المولى يدفعه الى ولي الجناية بين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فبدفعه الى الاول ويرجع
به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وقال محمد رجه الله يرجع بنصف القيمة
فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فبدفعه
الى الاول ولا يرجع به) والجواب في العبد كالجواب في المبدل في جميع ما ذكرنا الا أن في هذا الفصل يدفع
المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مبدرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه
ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما ما انصفان) لانه منع رقبة واحدة بالمبدل فيجب عليه قيمة
واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب (في دفع نصفها الى
الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق بغيره وانما انتقص بحكم المراجعة من
بعد قال (ويرجع بدلى الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى
ولى الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن في الاول الذى
يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك ولو دفع اليه ثانيا
يشكر والاستحقاق

الاختلاف) يعنى قال بعض
المشايخ رجههم الله في هذه
المسئلة خلاف محمد رجه الله
أيضا كما في المسئلة الاولى
حتى يسلم للمولى ما رجع
به من القيمة على الغاصب
ولا يأخذ ولي الجناية
الاولى ما بقى من حقه وقيل
على الاتفاق ويأخذ ولي
الجناية الاولى تمام حقه
وهو نصف القيمة من المولى
اذا رجع على الغاصب قبل
وهذا هو الصحيح لان محمد ا
رجه الله ذكر هذه المسئلة
في الجامع الصغير بـ لا
خلاف وكذا قدره غير
الاسلام رجه الله وغيره

بالاجماع فليتم في الجواب الشافى (قوله ولا الى ولي الجناية الثانية لانه لاحق له الا في النصف لسبق
حق الاول) أقول القائل أن يقول ان كان حق ولي الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكليها
كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا في النصف ينبغى أن لا تكون اتى وجبت على المولى بين ولى
الجنايتين نصفين كما هو المذكور في وضع المسئلة بل ينبغى أن يكون بينهما ما انصافا لثلاثه لولى الجناية
الاولى وثلاثة لولى الجناية الثانية لان حق ولي الجناية الاولى قد يتعلق بكل القيمة كما صرح به
المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولي الجناية الثانية
بنصف القيمة يكون حقه في القيمة نصف حق ولي الجناية الاولى فينبغى أن يتضارب في القيمة
بقدر حقيهما فيمافيها اذ قدم في الفصل السابق أن جنابات المبدل اذا توالى لا توجب الاقيمة واحدة
لانه لا يمنع من المولى الا في رقبة واحدة وأولياء الجنابات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولي
الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزامه فيكون حقه الباقي له نصفها
وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا في النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب
ثانيا الى ولي الجناية الثانية لان حقه كان في كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه يسقط نصفها بالتزامه
فلما اندفع التزامه بوصول حق ولي الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولي الجناية
الثانية في النصف الساقط بالتزامه اليه كحق ولي الجناية الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار
الشق الثانى ويقال في الفرق بين ولى الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها
بالتزام الثانى من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكيفية وحق الثانى أيضا يتعلق بكليها ولكن يسقط نصفها

في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رجه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره في الكتاب لكن

(قوله قبل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتفاق

قوله (فاما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق له الاستحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صيد احرا) أي ذهب به غير اذن ووليته فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر خلا أنه يراد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتباً ونقله الى هذه الاماكن وذلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في بدنفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحرة الكبير والحرة الكبير في بدنفسه فكذلك المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن يتظر ان كان الناقل قميده ولم يمكن التحرر عنه ضمن لان المصوب (٣٨٣) عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع من

فاما في هذه المسئلة فيمكن الخ أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال (ومن غصب صيد احرا غنات في يده فجاءه أو بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة أو من سمة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتباً صغيرا لا يضمن مع انه حر يدافا كان الصغير حرا رقبة ويدأولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبباً لانه نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق وهذا الان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعدي فيه وقد زال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءه أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحي والارض نقتول بأنه يضمن فيجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبباً قال (واذا أودع صبي عبداً فقتله فعلى عاقلة الدية وان أودع طعاماً كله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ به الضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثني عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسلط غير معتبر وفعوله معتبر لهما انه أئلف مالا متقوماً معصوماً حاداً المالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبداً

حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التالف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيّد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (واذا أودع صبي عبداً فقتله) كلامه ظاهر وذكّر في شرح الطحاوي ومن أودع عنده دجى مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالأجماع وان استهلكه الصبي فانه يتظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالأجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر واهيه ضمن بالأجماع وان قبل بغير اذن ووليته فلا ضمان عليه في قول

بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لا حق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانه قد تسميها موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه انما كان بمرض حدود المراجعة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سبباً موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرّر عندهم وفي مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تبسر من الكلام في توجيه المقام (قوله) فاما في هذه المسئلة فيمكن الخ أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان

أبي حنيفة ومحمد رحمهم الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجوعا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده ودية يضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) يساعده فيه نفي الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا أو ما في غير من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيان والتمرنائي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا في هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلاً وان لم يكن عاقلاً فلا يضمن في قولهم جميعا

(قوله) فيه نظره فان الجناية الثانية الخ أقول فيه نظره انه لما أخذ في الجناية الاولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضاً عما سلم لولي الثانية لو وجد انه شيئاً فارغاً من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانياً على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله (وكذا إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع
لثبت في حق غيره أيضا لأن المال الذي سيطر على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط
تحويل يده في المال إليه وقوله (في يد مائة) أي من الأيداع والاعارة يعني أن المودع وضع المال في يد مائة عن الأيداع ومن
فعل كذلك لا يستحق النظر لأنه أوقع ماله في يد مائة بدعيه عليه باختياره إلا إذا كان وضعه فيه أيا قامة غير مقام نفسه في الحفظ ولم
يوجد الأقامة لأنه لا ولاية له على الصبي ولا الصبي على نفسه فكان تضيمه من جهته وفي قوله (لأنه لا ولاية له على الصبي) نظر لأن أقامة
غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والآن نسرد باب الوديعة ويمكن أن يقال إنما قال ذلك جوابا
على ما يقال لو كان الأيداع من الصبي تسليطه على الاتلاف ضمن الأب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظه لأن التسليم إليه
تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكذا قال أقامة غيره مقام نفسه تستلزم أملا ولاية القيم على
من أقام مقامه كافي هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كافي سائر صور (٣٨٣)

في أيداع الصبي الاجنبي
وقوله (لأن عصمة لحقه)
أي لحق العبد يعني
لأن اعتبار أن المالك يعصمه
لأن عصمة المالك إنما
تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك
حتى يضمن غيره من
الاستهلاك بالتسليط وليس
للمولى ولاية استهلاك عبده
فلا يجوز له تمكين غيره
من الاستهلاك فلما لم
يوجد التسليط منه يضمن
المستهلك سواء كان صغيرا
أو كبيرا بخلاف سائر
الاموال فإن المالك أن
يستهلكها فيجوز تمكين
غيره من استهلاكها
بالتسليط ونوقض بما إذا
أودع الصبي شاة خنقها
فانه لا يضمن ورب الشاة
ما كان يملك ذلك بحكم
ملكه فلم يوجد التسليط

وكذا إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع - ولا يضمنه ومحمد أنه أتلف ما لا غير معصوم فلا يجب
الضمان كما إذا أتلفه بأذنه ورضاه وهذا لأن العصمة تثبت حقه وقد فوتهما على نفسه حيث وضع المال
في يد مائة فلا يبقى مستحقا للنظر إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا أقامة هي إلا له ولا ولاية له على
الاستقلال على الصبي ولا الصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لأن له ما ولاية على أنفسهما
وبخلاف ما إذا كانت الوديعة عبدا لأن عصمته لحقه اذ هو مبيع على أصل الحرية في حق الدم
وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالاضافة إلى الصبي الذي وضع في يده
المال دون غيره قال (وإن استهلك ما لا ضمن) يريد به من غير أيداع لأن الصبي يؤخذ بأفعاله
وهو القصد لا معتبر بهم في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

باب القسامة

قال (وإذا وجد القتل في محلة ولا يعلم من قتله استخاف خمسة رجال منهم)

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقه أول مرة ولم يبق لوليه الاستحقاق حتى يجعل المأخوذ
من الغاصب ثانيا في مقابلة مأخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف
رحمه الله فإن الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن
أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبني نظره المزور عليه
ولاشك أن مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي
كان حقا للمولى الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا
اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق إلا الضلال

باب القسامة

لما كان أمر القتل يؤل إلى القسامة فيما إذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الدييات ثم إن

والجواب أن كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنيا أو الشاة ليست كذلك وإنما لم يملك خنقها من حيث أنه تضييع فكان
كالنسيب وقوله (لأنه سقطت العصمة بالاضافة إلى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالأيداع عند الصبي
إنما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

باب القسامة

لما كان أمر القتل في بعض الأحوال يؤل إلى القسامة ذكرها في آخر الدييات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام
وفي الشرع أيان يقتل بها أهل محلة أو دار وجود فيها قتل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتل
فيما ذكرنا وركن الجراء اليمين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لأن أقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول في غشمة النظر تأمل (باب القسامة)

بتخيرهم الرلى بانه ما قتلناه ولا علمنا له قاتله) وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استخاف الاولياء فحين
يقتلوا يقتلوا باسم ياديه على المدعي عليه عدا كنت الدعوى أو خطأ وقال مالك يقتضي بالقرود اذا
كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي والثوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل
على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة تشاره أو شبهة تعدل أو جماعة غير عدول أن أهل
المحلة قتلوه

القسامة في القسامة اسم رضع ووضع الاسم كذا في عامة النبروح أخذ من المغرب وقال في معراج
الذرية القسامة لغة مصدر رضع رضع موضع الاقسام انتهى أقول لا يرى وجه صحة
لكون القسامة مصدراً تسم كالا يخفى على من له ذرية يعلم الادب وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم
بها أهل محلة أو دار ووجد فيها قاتل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلته وما علمت له قاتلاً
في العتابة أقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القاتل في محلة ولا في دار بل في موضع خارج
من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضاً قسامة شرعية كما
صرحوا به ويجوز في الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ما هو الا كثر وقوعه الان المقام مقام تعريف
لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعاً وماعاً كما لا يخفى فالاولى أن يراعى عليه قيود وبطل
شي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث
يسمع الصوت منه اذا وجد في شئ منها قاتل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا
علمت له قاتلاً وقال في النهاية وأما تفسيرها شرعاً فإروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القاتل
يوجد في محلة أو دار رجل في المصراع كان به جراحة أو أضراب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم
خمسون رجلاً من أهل المحلة كل منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلاً انتهى أقول فيه سماعة لا يخفى
فان ما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ما ذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة
شرعاً فان التفسير من قبيل التصورات وما ذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن
يؤخذ منه تفسير القسامة شرعاً بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعاً في أول الباب
تصف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية وأما شرطها فهو أن يكون القسم رجلاً بالغاً اقلاً
حراً فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في البيت الموجود أثر القتل
وأما الوجود ميتاً لا أثر به فلا قسامة ولا ذية ومن شروطها أيضاً تكميل اليمين باليمين انتهى وفي
غاية البيان أيضاً كذلك أقول فيه كلام أما أولاً فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها أيضاً أن
لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكنه يجب القصاص أو الذية كما تقدم ومنها أن يكون القاتل من
بنى آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القاتل لان القسامة
يمين واليمين لا تصح بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعي عليه لان اليمين وظيفه المنكر
ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان توفي عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها
أن يكون الموضع الذي وجد فيه القاتل ملكاً لاحد أو في يد احد فان لم يكن ملكاً لاحد ولا في يد احد أصلاً
فلا قسامة فيه ولا ذية ومنها أن لا يكون القاتل ملكاً لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا ذية
في قن أو مديراً أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلاً في دار مولاه نص في البدائع على هاتيك الشروط
كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل لما وجد ذكر بعض الشروط وتركها كثيراً وأما ما أتت عليه
اذا وجد قاتل في دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الذية نص
عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فاما معنى جعل كون القسم
حراً من شروطها اللهم الا أن يقال المكاتب حريداً وان لم يكن حراً رقة كما صرحوا به ومرفق

وشروطها بالبرخ المقسم وعقله
وسرته ووجرداً أن لا يمتل
في البيت وتكميل اليمين
نفسين وحقها القضاء
بوجه وبذية ان حلتوا
والجسر الى الخلف ان أبا
ان ادعى الرلى العمد بالذية
عند التمسك ان ادعى الخطأ
ومحاربتها تعظيم خطر الدماء
ومسمايتها عن الاضرار
وخلص المتهم بالقتل عن
الفصاص ودليل شرعيتها
الاحاديث المذكورة على
ما سيأتي وقوله (بتخيرهم
الرلى) أي يختار من القوم
من يحلفهم وقوله (بأنه
ما قتلناه) على طريق الحكاية
عن الجميع وأما عند الخلف
فيحلف كل واحد منهم بالله
ما قتلته ولا يحلف بالله
ما قتلناه لحواله بأنه باشر القتل
بنفسه فيجترئ على اليمين
بأنه ما قتلناه

(قوله) وشروطها بلوغ المقسم
وعقله وسرته) أقول
وذكره ويجوز أن يقال
أشار إليه بلفظ المقسم وفيه
شيء والا صواب أن يقال
المراء من أهل القسامة في
الجزء لا يرى اذا وجد قاتل
في قرية لا امرأة فعند أبي
حنيفة ومحمد القسامة
عليها كما يجزى في آخر الباب

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يرد على الولي فان حلفوا لادبية عليهم الشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه السلام الاولياء فيقسم منكم خسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد اذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كافي النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسمات وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المتبدل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله بتحريم الولي اشارة الى أن خيار تعيين الخسيتين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتممه بالقتل أو يختار صالح أهل الحلة لما أن تحريمهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحريم فظهر القاتل

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب) أي مذهب الشافعي رحمه الله (كذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعني كافي سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعي عليه لان الاصل براءة ذمته فأما في القسمات فالظاهر يشهد للمدعي عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة وبقيته كلامه واضح

(قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن ثمة لو أن النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

الباب السابق فوجد فيه الحرية في الجلة فجاز اشتراط الحرية في القسمات مطلقة بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال في العناية بشرطها بلوغ المقسم وعقله وحرية وجود أثر القتل في الميت وتكامل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شيء من الاختلال رائد على ما في النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط المذكورة في المقسم مع كونها شرطا أيضا ثم أقول في امكان توجيه ذلك احتمالا لان أحدهما انه اكتفى في افاد ذلك الشرط أيضا بتدكير لفظ المقسم في قوله بلوغ المقسم وتذكر الضمير في قوله وعقله وحرية وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا في أحكام الشرع وثانها انه تكرر اشتراط المذكورة بناء على وجوب القسمات على المرأة في مسألة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهي ما سيجيء في آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيلا في قرية لا مراهة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسمات تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسمات على العاقله أيضا فكانت المرأة أهلا للقسمات في الجلة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فذهب مثل مذهبنا) أقول في تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هنالك لوث أي قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدلم أو من قبل ظاهر يشهد للمدعي كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثاني كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله وأظهر يشهد للمدعي فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة أن يقال وان لم يكن هنالك لوث وأما ثانيا فلان أراد الضمير المفرد في قوله فذهب بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعي ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أي منهما وعن هذا حله بعض الشراح على الشافعي وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر وفي رواية على المدعي عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعي عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعي عليه بناء على ما صرحوا به في علم الادب من أن المعروف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخير فحوا الكرم والتقوى والنوكل على الله والائمة من قریش وقد أشار اليه المصنف في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدلل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعي عندنا لقوله عليه السلام البيعة على المدعي واليمين على من أنكر وقال في وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى لزم أن لا يصح تخليف غير المدعي عليه من أهل الحلة فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خسون رجالا من أهل الحلة في هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجيء وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون بفيديمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستخلف الولي) وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله ابن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بآيمانهم والآن اليمين عهد في الشرع مبرئ للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

وقال وهكذا الجواب في المبسوط وان لم يقد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا يثبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعديل به اللهم الآن يقال يجوز أن يثبت به المدعى هنا وجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق التسمية بين الخصمين والقسمه تنافي الشركة وقد أشار المصنف إليه أيضا في باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام المينة على المدعى واليمين على من أنكرك قسم والقسمه تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمه الشركة انما تقتضى أن لا يحلف المدعى لأن لا يحلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه في صورة ان ادعى الولي القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف في باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شيء تأمل توقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لا يباشرون ويعلمون بفيديمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول لا فائدة هنالك ذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لأن موجب النكول في هذه المسئلة حبس النكلا كل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولي كما سيأتي في الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح في اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا في مجر دنكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو في الاموال لا في باب القسمه لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظم الامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال كما سيأتي بيانه في الكتاب فلامعنى لذلك كثرة تلك المقدمة ههنا ولقد أبلغ صاحب الكافي تقرير هذا المحلل حيث قال وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرزون الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم لم يظهر رده ولم يحلفوا انتهى بقي في هذه المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بأنه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرحوا به وسيجيء في الكتاب تفصيله في الفائدة في استحلافهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فإنه قال فان قيل أية فائدة في الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاشهادة لآلهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاشهادة لجازا المغنم ولا دافع المغرم قيل انما استخلفوا على العلم انباء السنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فانبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائر أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مقيدا وجائزا أن يقر على عبده غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مقيدا لجازا أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل في الطواف فان النبي صلى الله عليه وسلم كان رمل في الطواف اظهار الجلالة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلالة من نفسه ثم زال ذلك اليوم

وقوله (لانه يمين وليس بشهادة) يحتز عن اللعان حيث لا يجري اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والاعتراف والمحدود في القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أي على عاقلة أهل المحلة (بالدية) في ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بآيمانهم) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحويصة ومحبيصة خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا فالحواشجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا في قلب من خيبر يتشخط في دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبير الكبير فتكلم أحد عيمه حويصة أو محبيصة وهو الأكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتلوا أو من يقتل سوى اليهود

ولنا أن النبي عليه السلام جع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم وكذا جع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص يتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص

وبقي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمنع أن يكون واحد منهم أمراً صيباً أو مجنوناً أو عبداً مجبوراً بالقتل فلما أقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلاً لأنه لو قال علمت له قاتلاً وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الأيمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيداً إلى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء فيه بحث فإنه لم يجز القسامة بينهم بالكلية وانما واداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانهم وانما لم يجز القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتل أياها حيث قالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتل بالقسامة شرط لأجرائهم على الخصوم كما عرفت فيهما أمر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلاً عن البدائع وانما واداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من ابل الصدقة على سبيل الجمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البراءة وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قال لا بعد نقل الحديث انما وادى رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه تجوز الجمالة عن أهل الذمة فإن قضاء دين الغير بربه وأهل الذمة من أهل البراءة حتى جاز عندنا صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكاة إلا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم إن هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حنيفة كما وقع في الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصراً على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضاً في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فيحجب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريحاً وقد ذكره المصنف إجمالاً من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الأنصار ووجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث إلى أن قال فالزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر إيجاب القسامة والدية معاً على اليهود وظاهر على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل خيبر أن هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرج وجهه عنكم فكتبوا له أن مثل هذا الحادثة وقعت في بني إسرائيل فأرسل الله تعالى على موسى عليه السلام أمراً بأن كنت نبياً فأسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم أن الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلاً يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام خبراً (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجب الدية إذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص يتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فإذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولأن

قال عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانهم
فقالوا لا نرضى بأيمان قوم
كفار لا يبالون ما حلفوا عليه
فقال عليه الصلاة والسلام
أتحلفون وتستحقون دم
صاحبكم فقالوا كيف تحلف
على أمر لم نعاين ولم نشاهد
فكره رسول الله صلى الله
عليه وسلم أن يبطل دمه
فوداه بمائة من ابل الصدقة
واستدل الشافعي رحمه الله
بقوله عليه الصلاة والسلام
تبرئكم اليهود بأيمانهم على
أنه لادية بعد الحلف والالما
كان ثمة براءة ووادعة قبيلة
من همدان

(قال المصنف ولنا أنه
جع بين الدية والقسامة
في حديث ابن سهل) أقول
فيه بحث فإنه لم يجز بينهم
القسامة بالكلية وانما واداه
رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده وفي رواية
من ابل الصدقة على ما ذكر
في الصحيحين وغيرهما
ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموحود منهم ظاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كافي القتل الخطأ (ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) لأن اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لأمر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين يدل عن أصل حقه ولهذا يسقط به بذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط به بذل الدية هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا إذا ادعى على البعض لأبائهم والدعوى في العمد والخطا لا يتم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الأصل أن في القياس نسقط القسمات والدية عن الباقيين من أهل المحلة ويقال الولي ألك ينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه عينا واحدة ووجهه أن القياس بأبائه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما إذا كان في مكان ينسب إلى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه يبقى على أصل القياس وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

وقوله (يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكره بقوله وإذا وجد القتل في محلة لا يعلم من قتله استخلف خمسة رجال منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسمات والدية فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه

اليمين عهد في الشرع مبرئ المدعى عليه لكن يرد عليه أنه إنما يتم فيما إذا ادعى ولي القتل القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقر بذلك فان حلفوا وحصلت البراءة عنه وأما فيما إذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لأن الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقر بأنه فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولي القتل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بأنما قتلناه ولا علمنا له فإطلاق القتل عن قيد العمد والخطأ فيجوز أن وقع القتل منهم عمدا ولم يعلم الولي بل ظن أنهم قتلوا قريبه خطأ فلو أقر بيه خطأ فلو أقر بيه ذلك بالقتل العمد تحزرنا عن الإيمان الكاذبة بناء على إطلاق القتل في تحليفهم لظاهر القصاص فاذا حلفوا وحصلت البراءة عنه قطعاً فان قلت إذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطأ كيف يصح إطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمداً أو خطأ استخلف خمسة منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له فإطلاقاً استخلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيحكي في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر إليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموحود منهم ظاهر الوجود القليل بين أظهرهم لا ينكولهم) أقول لا وجه لذلك قوله لا ينكولهم هنا بل الحق أن يذكر بدله لأبائهم لا أنا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فأنما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا ينكولهم بما نحن بصدده ولأن الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموحود منهم ظاهر الخ جواب عن قول الشافعي لا مازما كافي سائر الدعوى يعني ما عهد اليمين في الشرع مازما كافي سائر الدعوى فالدافع له أن يقال الدية إنما يجب بالقتل الموحود منهم ظاهرا لأبائهم فلم يكن اليمين مازما هنا كافي سائر الدعوى فقوله لا ينكولهم حشو محض في دفع ذلك وأنما اللازم أن يقال بدله لأبائهم كما لا يخفى (قوله ومن أبي منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا إذا ادعى الولي القتل عمدا أما إذا ادعاه خطأ فتكفل أهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيده أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة إلا أن صاحب النهاية والعناية قال في صدر هذا الباب حكم القسمات القضاء وجوب الدية ان حلفوا أو الحبس حتى يحلفوا ان أبو الوادعي الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكرناه هناك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من إطلاق جواب مسألة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعده هذا الذي

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى
فمن وجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناهما
لاوجبناهما بالقياس وهو ممنوع ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له يمينه وان لم تكن استحلفه
عينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى
في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل
أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى يتم خمسين) لما روي أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة
وافى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن
شريح والنخعي رحمه الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه
الوقوف على الفائدة لشبوتهم بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فأراد الولي
أن يكرره على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي
ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

وقوله (على اختلاف مضى
في كتاب الدعوى) بين أبي
حنيفة وصاحبيه حيث
قال ومن ادعى قصاصا على
غيره فجدد استحلف بالاجماع
الخ قال (وان لم يكمل أهل
المحلة خمسين) وافى اليه أي
أتى اليه وأهل اللغة يقولون
واقاة

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد
أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف النسا كل موجب النكول في كل واحدة من صورتين دعوى العمد
ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه
الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر
ثقات الأئمة في تصانيفهم وكان صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدره هذا الباب حكم القسامة
القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وأما اذا أبوا القسامة
فحبسوا حتى يحلفوا أو يقرروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضا على الاطلاق كما ترى ثم أقول
التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين أحدهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على
الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والأخرى أنهم ان نكلوا لا يحسبون بل يقضى بالدية على
عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه
في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكولوا عن
الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال
لا يحسبون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان
ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي
ههنا اشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجدد استحلف
بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف
أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى ففقتضى اطلاق
ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد
وان ادعى ولي القتل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة
هو الحبس الى الحلف بخلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط
والاخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن
يبقى اشكال التناقض بين ما ذكر في المقام بين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا
فتأمل في الدفع (وقوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق
النصوص بين دعوى ودعوى فمن وجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه أن أراد باطلاق النصوص
اطلاقها بحسب الظاهر فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعها اذ من القواعد المقررة عندهم أن النص

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا
لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذا القتل في العرف من فاته حياته بسبب مباشره
وهذا ميت خفف نفسه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم
القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر
ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخبر ج منه الا بقول من جهة
الحية عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغبر فعل
أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس
في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه
الرأس أو وجد دبره أو وجد له أو رأسه فلا شيء عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في
البدن الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لا دمي بخلاف الأقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا
يجرى فيه القسامة

وارد على خلاف القياس يختص بمرور النص وفيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا
به فلو بدد أن تكون مخصوصة بمرورها وهو ما اذا وجد القتل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى
بدمي القتل عليهم كذا كرفي وجهه القياس وان أراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد أيضا وهو ممنوع
اذا لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولى القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كالا يخفى
على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهم ليسوا من أهل النصرة
واليمين على أهلها) قول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسألة تقي في آخر هذا الباب
وهي أنه لو وجد قتل في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليهم القسامة بكرر عليها الايمان والدية على
عقبتها وأما عند أبي يوسف والقسامة أيضا على العاقلة انتمت وسيجي في كتاب المعامل ما يتعلق بهذا
من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الآن لا أكثر
حكم الكل تعظيما لا دمي بخلاف الأقل لانه ليس يبدن ولا ملحق به فلا يجرى فيه القسامة) يعني أن
وجوب القسامة على أهل المحلة وجوب الدية على عوائلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد
في كل البدن وأكثر البدن كل حكا وان لم يكن كلاحقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب
القسامة والدية تعظيما لا دمي وما سواه ليس بكل أصلا لاحقيقة ولا حكا فبقى على أصل القياس فلم
يجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شيء وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة
أنه لو وجد بدن القتل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة
والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتل أو
أكثر من نصف البدن في هاتين المحلتين لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها انما الموجود فيها في
هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحق به فلم يتم التقريب اللهم
الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا
كما صرحوا به فيصير قول المصنف الآن لا أكثر حكم الكل تعظيما لا دمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة
أرحكم فيتم التقريب بهذا التاويل ثم بقي شيء آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الأقل لانه ليس
يبدن ولا ملحق به فلا يجرى فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد
صفه مشقوبا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد دبره أو وجد له أو رأسه فلا شيء عليهم
ولا يخفى أن قوله بخلاف الأقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا يحصل تمام التقريب
قالوا في أن يقال بخلاف الأقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

وعيد كذا لا تف وسلكه
سكنهم دبره وذكره وذكر
أقيم مصطفا وقد قيل
أما بعد من يحق له في
وأما ما ذكر من رأسه ما
فيه فليس يصح دله على
القتل كمرور المسمى
في شرح الزيارات وكلامه
ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم
القسم) أقول فيه أنه تكرار
(قال المصنف الآن لا أكثر
حكم الكل تعظيما لا دمي)
أقول فيه بحث لان هذا
قياس

وقوله (ولانا لواعترنا به مجتمع فيه القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ (٣٩١) يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب

بالاكثر اذا وجب وكذلك
لو وجب بالنصف لو وجب
بالنصف الاخر فتكرر
القسامتان والديتان بمقابلة
نفس واحدة وذلك لا يجوز
فان قيل ينبغي أن تجب
القسامة اذا وجد الرأس

لانه يعبر به عن جميع البدن
أجيب بان ذلك بطريق
المجاز والمعتبر هو الحقيقة
ولانه لو وجبت به لو جبت
بالبدن بطريق الأولى فلزم
التكرار وقيل كان ينبغي أن
يقول تتكرر القسامة
والدية بلفظ المفرد دون
التثنية لان غرضه ثبوت
القسامة مكررا وثبوت
الدية مكررا وعبارة التثنية
تستلزم أن يكون أكثر من
القسامتين والديتين ويجوز
أن يكون مراده القسامتان
والديتان على القطعتين
يتكرران في خمسين نفسا
وقوله (والمعنى ما أشرنا
اليه) يريد به التكرار
المذكور وعدمه وقوله (لان
الظاهر أن تام الخلق يتفصل
حيا) اعترض عليه بان
الظاهر يصلح للدفع دون
الاستحقاق ولهذا قلنا في
عين الصبي وذكره ولسانه
اذ لم تعلم صوته حكومة

وقوله ويجوز أن يكون مراده
القسامتان والديتان على
القطعتين يتكرران في
خمسين نفسا أقول جزء
الدية لا يسمى دية حتى يقال

ولانا لواعترنا به تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه أن الموجود
الأول ان كان بحال لوجود الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لوجود الباقي لا تجري
فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر
(ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة) لانه لا يفوق الكبير حالا (وان
كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر أن تام الخلق يتفصل حيا
(وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم) لانه يتفصل ميتا لا حيا

الشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وما سوا ليس بكل أصلا لا حقيقة
ولا حكم فبقى على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف
الأن لا أكثر حكم الكل تعظيما للأدعي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك
بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما مرشد اليه قوله ولا يلحق
به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا يلحق به والذي لا يجوز في هذا الباب هو القياس لادلالة
النص كما لا يخفى (قوله ولا نالوا اعتبارنا به تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان) يعني
لو وجبت بالاقل لو جبت بالاكثر أيضا اذا وجد وكذلك لو وجبت بالنصف لو جبت بالنصف الاخر أيضا
اذا وجد فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لا يجوز اذ لم تشرعا مكررتين
قط قال في غاية البيان كان ينبغي أن يقول يتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولا يذكرهما بلفظ التثنية
لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف
حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين
يتكرران في خمسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان
يقسمهم الخمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف
يتصور أن يتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يفتح توجيهه ~~تتكرر القسامتين والديتين~~ على
القطعتين يتكررا في خمسين نفسا وانما الموجود في أحد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لا نفسها
والكلام في اسناد التكرار الى نفس القسامتين والديتين فلا مسأغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه
أن الموجود الأول ان كان بحال لوجود الباقي تجري فيه القسامة لا تجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان
الباقي نصف التمثيل مشقوبا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لوجود الباقي لا تجري فيه القسامة اذ قد
صرح فيما قبل بأنه ان وجد نصفه مشقوبا بالطول فلا شيء عليهم مع أنه لا تجب القسامة حينئذ في
الموجود الأول أيضا بناء على ذلك المصريح به فيما قبل فانه قض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال
لوجود الباقي لا تجري فيه القسامة تجب كما لا يخفى (قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب
فلا شيء على أهل المحلة) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء فتدبر من وجوه الأول أن الجنين على
ما صرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في
بطن أمه أم ما وجوده مع أمه فهو بمنزلة عائلته فيه لكون الحكم هنالك للأم دون الجنين والثاني أن
ذكر الجنين يعني عن ذكر السقط لان السقط على ما صرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه
والجنين بعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ
لا بد فيه من أن لا يكون به أثر الجراحة والخلق أيضا كما نقرر فيما سبق فلا اقتصار هنا على نفي أثر
الضرب بتفسيره والظاهر أن يقال ولو وجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلا شيء عليهم تدبر
(قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق
يتفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا
يتكرر في خمسين نفسا تأمل (قوله اعترض عليه بان الظاهر الى قوله وأجيب عنه بأنه الخ) أقول الاعتراض والجواب لا تقاين

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها واجب عنه بانه انما لم يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف
يسأل بها مسائل الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالحكمة قصاص أو دية بخلاف الجنين فانه نفس من
وجهه عضو من وجهه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر انه قتيلا
لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذا الظاهر من حال تام الخلق أن ينقص حياد ما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لان حاله
لا يفرق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا اذا وجد هذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا فوا لا
الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسأل به مسلكتها فلا أن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال
الظاهر دونه أيضا اعتبار دفع الماعى يدعى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك وهو قوله عليه
الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان قوموا فادوه قال (واذا وجد القاتل على دابة يسوقها راجلا الخ) اذا وجد القاتل على دابة
يسوقها راجلا فالدابة على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو راكبها لانه في يده فصار كما
اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدابة عليهم لان القاتل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق
بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القاتل (٣٩٢) في الدار فان الدية هنا على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكاً أو لم يكونوا وهناك

قال (واذا وجد القاتل على دابة يسوقها راجلا فالدابة على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا
كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو راكبها (فان اجتمعوا فعليه) لان القاتل في أيديهم فصار كما اذا
وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليهما قاتل فهو على أقربهما) لم يروى أن النبي عليه
السلام أتى بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القاتل
الذي وجد بين وادعة وأرجب كتب بأن يقبس بين قريتين فوجد القاتل الى وادعة أقرب فقتل
عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهل الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه
الغوث فتحكمهم النصرة وقد قصروا

على المالك لا على السكان
وأوجب أو لا بانا لان سلم أن
الدية لا يجب على مالك
الدابة بل يجب عليه
والمدكور في الكتاب فيما
اذا لم يكن للدابة مالك معروف
وانما يعرف ذلك بقول
القائد أو السائق أو الراكب
وأما اذا كان لها مالك معروف
فانها يجب عليه وثانيا وهو
المفهوم من اطلاق جواب
الكتاب أن القسامة يجب
على الذي في يده الدابة
والدية على عاقلته سواء كان
للدابة مالك معروف أو لم
يكن والفرق أن العبرة في

هذا الباب للرأى والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف
والرأى والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالاتفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة
وأرجب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال وربعا فوا) أقول بل يرد
فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لاهل النفوس ومنع كاية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق وبه أقوى هذا
المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجد منه ثم ظاهر اقلتا مل (قوله فلا أن لا يكون فيما هو أعظم
خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمالك أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جابر بن مالك) أقول ذلك في الغرة
والقسامة والدية ليستاني معناها (قوله فالتصرف والرأى والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الراكب
يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الراكب هو المالك والاخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقاني
فيما سيجي عن مسئلة السقينة لو كان صاحب السقينة معهم ينبغي أن تجب عليه كافي الدار فيمضي أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير إلى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير إلى أن محمد ليس في هذا القول بأصل فإنه ذكر في الأسرار بعد ما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضرب (وقال أبو يوسف) يعني آخر أو كان قوله أولا كقوله ما بعده مظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين)

الخطة المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغائبين فإنه يخطط خطية لتمييز أنصباؤهم والضمير راجع إلى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله (وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشار إليهم المشترين في ذلك ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فإنه لو وجد قتل في دار بين مشتر وذي خطة فانهما متساويان في القسامة والدية بالاجماع وفي المحلة فرقا فافرجا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما مال وانفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قبلما يراجون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فإن في عمارة ما استمر من الدار

قال (واذا وجد القتل في دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار في يده والدية على عاقلته (لأن نصرتهم وقتة بهم قال (ولاندخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لأن ولاية التدبير كما تكون بالملاك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وداون كانوا سكانا مخيبر ولهم أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خير فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشتركون لأن الضمان انما يجب بترك الحفظ من له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيه مقصرا والولاية باعتبار المالك وقد استمروا فيه ولهم أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الاصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وان بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطة لما ينسب (وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين) لأن الولاية انتقلت اليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يراجهم

مسلكهما فلا ينبغي أن يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الامر كما زعمه فان حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيم الامر النفوس وصيانة لها عن الاهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتل بين أظهرهم فقوله لأن الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يملك به مسلكهما فلا ينبغي أن يكون فيما هو أعظم خطرا أولى ممنوع فان ما لم يمتنع من عدم كون الظاهر حجة في الاموال وما يملك به مسلكهما اهدار امر حقير وما لم يمتنع من عدم كونه حجة في النفوس اهدار امر خطير ولا شك أن اهدار الحقير أهون وأولى من اهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبار دفعا لما عسى يدمى القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث جل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسبغ كسبج الكهان قوموا فمدوا انتهى أقول يرد عليه أن حديث جل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا ومو جهة الغرة وهي نصف عشر الدية وانما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فمدوا لكونها بدل النفس كما تقر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث جل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث جل بن مالك بالخاء المعجمة والميم المفتوحين قال كنت بين بشار وبين لي فضربت احدهما بطن صاحبه فابعد فسطاط أو بمسطح خيمة فالت جنينا ميتا فاختصم أولياؤهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لا ولياء الضاربة دية وقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا ضرب ولا كل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسبغ كسبج الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فمدوا الحديث انتهى فكانه نسي ما قدمت يداها

(٥٠ - تكلمنا ثامن) واجارتهما وعاترتهما هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله ان صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولانه أصيل) والمشتري دخيل وقوله (لأن الولاية انتقلت اليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع إلى قوله انتقلت اليهم وقوله (أو يراجهم) يرجع إلى قوله أو خلصت لهم

وقوله (واذا وجد القتل في دار) يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله حينئذ القسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى وحكي عن الكرخ رجحه الله انه كان يوفق بينهما ما يقول الرواية التي توجهها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التي توجهها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حاضرا كذا في النخبة والمذكور (٣٩٤) في الكتاب يدل على أنهم اعلم بما جعلا اذا كانوا حاضرا ورواية فتاوى

(واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كمثل الحلة لا يشاركهم فيها عوالمهم ولو هما أن الحضور لم تتم نصره البقعة كما تنزمت صاحب الدار فيشارك كونه في القسامة قال (وان وجد القتل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولا آخر ما بقي فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القتل براحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيه يكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده) وهذا عند أبي حنيفة وقالان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذي تصير له لانه انما أزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك وله هذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المنروط فيه الخيار يعتبر بقرار الملك كما في صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة اذا كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام يعني اذا وجد القتل في دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفي القسامة روايتان في احدهما يجب على صاحب الدار وفي الاخرى على عاقلة وبهذا يدفع ما يرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتل في دار انسان في دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى أقول في بحث أما أولا فلا ن قول المصنف فيما قبل وان وجد القتل في دار انسان فالقسامة عليه وان جاز أن يحمل على احدي الروايتين التين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منها فان القسامة في عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلة جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتخاروا أما نائبا فلا ن قول المصنف فتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا حاضرا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكره عليه الايمان صريح في التوفيق بين المسئلة التي ذكرها ههنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حاضرا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير في الحل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحا لمراده (قوله لانه انما أزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الاعلى من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبي يوسف مشكك لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك المحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا غيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون في القسامة والدية مع الملاله عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

العناية وما بعده تظاهر قال (ومن اشترى دارا قلم يقبضها حتى وجد فيها قتل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رجحه الله ولاية الحفظ بالسد والملك سبها وقالوا لايه الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجد في واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك ولذا آخر السد كان اعتبار البدعته أولى لان القدرة الحقيقية ثبتت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا قلم يقبضها حتى وجد فيها قتل فاما أن يكون البيع باتا أو فيه الخيار فان كان الاول فهو أي المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده عند أبي حنيفة رجحه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشتري وان كان الثاني فعلى الذي تصير

له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أي ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) في هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبي حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج في دليله وذلك لانه

(قوله وفي الاخرى على عاقلة) أقول لا يظهر أن يقول وفي الاخرى عليه وعلى عاقلة حتى يستقيم تقرير اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثاني فهو على عاقلة من هي في يده) أقول لا أدري ما فائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد البائع اذا فرض انتفاء قبض المشتري في صورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الـ كما في خصوصية بتقريره وسبق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل في اليد ما كان أصالة ويدا المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابي حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر رفاهه يعتبر البتة المالك في الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر موهنة المالك فكانت على

(٣٩٥)

بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة) يعني اذا أنكرت العاقلة كونه الدار لصاحب اليد وقالوا انها اوديعه أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد لان اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقي واضح وقوله (واللفظ) أي لفظ القدرة وروى وهو قوله (وهذا) أي كونه المالك وغيرهم سواء في القسامة (على ما روى عن أبي يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل في القسامة مع المسالك (ظاهر) وأما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره في الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالمالك ألا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون المالك ولا يقتدر بالمالك دون اليد وفي البات اليد البائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالغصوب فتعتبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال (ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على المالك لكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة فلا بد من أهامة البينة قال (وان وجد قتيلا في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها في أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدوها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجالة وهذا على ما روى عن أبي يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون المالك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد في المسجد الجامع أو الشارع الأعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين

بالمالك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقرير في اثبات مدعاهما في هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون المالك ألا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون المالك ولا يقتدر بالمالك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد الميم مطلقا أي سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس يصحح اذ لا يجب شيء من القسامة والدية على المودع وتجوهره بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به فاطمة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لم يصح ذلك وان أراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحبها لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون المالك ولأنه لا يقتدر عليه بالمالك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالمالك دون اليد كما في مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر في هذا التنوير ليس بأجل من أصل المسئلة (قوله ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيلا لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنهم الذي في يده) قال صاحب العناية ولا يختلج في وهمك صورة تناقض في عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد لان اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن اليد المعبرة عنده هي التي تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه ولا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبي حنيفة لليد دون المالك كما في المسئلة المتقدمة آنفا فان المالك هناك للمشتري مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم بأحنيفية أنه يعتبر اليد في استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيلا ان الدية يجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد المالك الا بالبينة انتهى وذكر في معراج الدراية

في مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

(قال المصنف لانه لا بد من المالك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشتري الدار صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عواقله وكذا في بعض صور البيع المنجز

قوله (فقد أبي يوسف تجب على المالك) أي سواء كان المالك مملوكاً أو غير مملوك وقوله (كأشوار ع العامة التي بنيت فيها على بيت المال) قال في النهاية وإنما أراد به (٣٩٦) أن يكون ثابته من المحال أما الأسواق التي تكون في المحال فهي محفوظة بحفظ

أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا في السوق الثاني إذا كان من يسكنه في الثمالي أو كان لأحد منهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لأنه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعني في مسألة وإن مرت دابة بين قريتين وعليها قتل وقوله (وإن وجد في وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جارياً بالقتيل كان حكم الشط حكم الوسط قالوا هذا إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الحرب لأنه إذا كان كذلك فقد يكون هذا قتل دار الشرك وأما إذا كان موضع انبعاث الماء في دار الإسلام فتحب الدية في بيت المال لأن موضع انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتل المسلمين فيجب الدية في بيت المال وقوله (على التفسير الذي تقدم) أراد به قوله قيل

(ولو وجد في السوق أن كان مملوكاً عند أبي يوسف تجب على المالك وعند حماد على المالك وإن لم يكن مملوكاً كأشوار ع العامة التي بنيت فيها على بيت المال) لأنه لغة المسلمين (ولو وجد في السجين فالدية على بيت المال وعلى قول أبي يوسف الدية والقسامة على أهل السجين) لأنهم سكان وولاية التدبير عليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وحماد يقرر أن أهل السجين مقهورون فلا يتصورون فلا يتعلق بهم ما يجب لأهل النصر ولا بد من الاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يهود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذا فربعة المالك والسكان وعش مختلف فيها بين أبي حنيفة وأبي يوسف قال (وإن وجد في قرية ليس بقرية عامرة فهو حدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لأنه إذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا إذا لم تكن مملوكة لأحد أما إذا كانت فالدية والقسامة على عائلته (وإن وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وإن وجد في وسط الفرات عربة الماء فهو حدر) لأنه ليس في بدا أحد ولا في ملكه (وإن كان محتسباً بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذي تقدم لأنه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كال موضوع على الشط والشط في يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون به أغنمهم فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وإن ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال (وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الآخر لأنه منهم بخلاف ما إذا عين من غيرهم لأن ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم إنما يغرمون إذا كان القاتل منهم لكونهم قتله تقدير بحيث لم يأخذوا على يد الظالم

ما يوافقه حيث قال وفي جامع التكرار يسمى اعتبر أبو حنيفة يد المالك لا مجرد اليد في المسئلة المتقدمة وهذا لا يثبت ذلك إلا بالينة فلا يرد نفعاً عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لأن المالك في المسئلة المتقدمة كان المشتري لا محالة وعن هذا أنشأ النزاع بين أبي حنيفة وصاحبيه في تلك المسئلة أذ لو كان المالك أيضاً للبائع لما صار يحمل الخلاف وأقامة الحجج من الجانبين على ما مر بيانه فإذا كان المالك هناك للمشتري فكيف يتحمق للبائع إذا كان يد المالك أثبت يد المالك له يقتضي ثبوت نفس المالك أيضاً فلم يزم أن يجتمع على الدار المبيعة في حالة واحدة مملوكان وهما ملك البائع وملك المشتري وهو محال وإن أريد بيد المالك غير معناه الظاهر أي اليد التي كان لصاحبها ملك في الأصل وإن زال ذلك الملك في الحال بالبيع فبمعنى اعتبار مثل ذلك الأمر الزائل في ترتب الحكم الشرعي عليه في الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلاً لا مأمناً الأعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وإن ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقفي أثره العيني أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فإنه هو المطابق لهذه المسئلة التي ذكرها المصنف فتأدون ما جعل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول إن أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم يدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

هذا محمول على ما إذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعني والدية على عوائلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعني المذكور في بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذي ذكرنا إذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة ولأن

وقوله (فأجلوا عن قتل) أى انكشروا عنه وانفروا

(٣٩٧)

وقوله (لان القتل بين

ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقده شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة) لان القتل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعى الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولاعلى أولئك حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي روينا أنه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتل في معسكراً قاموا بفلاة من الارض لملك لاحد فيها فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتباراً باليد عند انعدام الملك

تعيينه واحداً منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وتعيينه واحداً منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعيين خصوص القاتل ينافي عدم تعيينه وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعيين خصوصه فهو ممنوع كالأجنبي وان أراد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعيين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضاً ممنوع اذا لا يظهر وجه كون الجناية صادرة عن واحد منهم عند تعيين خصوصه سبباً لوجوب الغرم عليهم جميعاً ألا يرى انه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القاتل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شيء على غيره أصلاً فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعاً عند تعيين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضاً فتقدير أن يثبت لهم النصرة لعدم أخذهم على يد القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقدير احيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتركونا النصرة وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا وثمن سلم ذلك مطلقاً لعدم احتياطهم في حفظ المحلة بشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شيء هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضاً فاقبل في التوجيه وذكر في الشروح نقلاً عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لأهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئاً لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندى دراية والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقده شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لم أن تسقط الغرامة عن غيرهم لفقده شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال المعيني واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما ثبت عليه أنفاي الموضوعين (قوله واذا التقى قوم بالسيف فأجلوا عن قتل فهو على أهل المحلة لان القتل بين أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم أى بينهم والظاهر والاظهر بجيشان مقحمين كافي قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أى صادرة عن غنى فالظاهر فيه مقحم كافي ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أى بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

أظهرهم) أى وجد بين أظهرهم يعنى بينهم والظاهر والاظهر بجيشان مقحمين كافي قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى أى صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وأنه من خصمائه

أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتل في محلاتهم وقوله (لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أى الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي روينا أنه أى في أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله (وان وجد في خباء أو فسطاط) الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله (فعلى أقرب الاخبية) قيل هذا اذا نزلا قبائل قبائل متفرقين أما اذا نزلا مختلطين فالدية والقسامة عليهم

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن أسنة عظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون لا أي مقاتلين ويجوز أن يكون مقبولا مطلقا لان تقوا في معنى المقاتلة وان يكون منعولا أي للقتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتل فكان هدرا) يجوز الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصية في محلة فأجلوا عن قتل فان علمهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا يدرى أن القتال من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين جلالا لمر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويستولون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة المحل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص بإضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم) إشارة الى قوله ولو وجد قتل في معسكر أقاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) إشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند أي حنيفة رجه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله) يعني لا ينسقط اليقين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافي أن يكون المقر شريكه في القتل وأن يكون غير شريك معه واذا كان كذلك بخلف على أنه (٣٩٨) ما قتله ولا عرف له فأنلا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة

الخ) اذا ادعى الولي على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رجه الله لم تقبل شهادتهما وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولي القتل على غيرهم فقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولا يبي حنيفة رجه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتل فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناهم (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبي حنيفة) خلافا لابي يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستخلف قتله فلان استخلف بالله ما قتلت ولا عرفت له فأنلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فبخلف على ما ذكرناه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيخلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبي حنيفة وقال لا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بانزاهم فأتين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها شهد قال رضى الله عنه

قانه حقيقة فيتعلى الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم كذا في النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الأصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر في الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص بإضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسأني مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

ما قبلها ما يلوغ الغلام أو بعزل القاضي وعلى

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتلا لا يحتمل أن يكون على الحال أي مقاتلين وان يكون على المفعول به كافي قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وان يكون على المفعول به أي للقتال انتهى والمفعول به محذوف أي لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتل فكان هدرا) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة ودفع لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة النص (قوله وأما في المسلمين من الطرفين الى قوله فبقي حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة المحل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صرح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت إحدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزبيعي وان كان للارض مالك فيجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يرا جوار المالك في القسامة والدية وهذا عند ما ظاهرا والفرق لا يوجب بينه وبين المحلة والدار أن العسكر تزوا فيه للانتقال والارتحال لا لقرار ولا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك مخالفتهم لما نص عليه المصنف من خلاف أبي يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب حصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت له عرضة أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضة فشهدت قبلت شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصما في هذه الحادثة لوجود القتل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمرو وأنا أغرمكم الدية لوجود القتل بين أظهركم وبدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصما وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضة فتقبل شهادتهم وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الاصل الثاني فمسئلة السفيعين اذا شهدا على المشتري (٣٩٩) بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة

تقبل شهادتهم لانهم ما بعرضة أن يصيروا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله (ولو ادعى) ظاهر وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ما ذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعينه واحد منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقطت القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكسونه صحاحنا شذ

وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متما وعن أبي يوسف أن الشهود يملقون بالله ما قتلناه ولا يترددون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهلها فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا قسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حسده انسان الى أهله فكشف يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حسده الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريح في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو وقتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركون في مكان في دار الاسلام ولا بدري أن القاتل من أيهم ما يرجح احتمال قتل المشركون جلا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال ويقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأو جبننا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لو ورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وسكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء عطنا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر هنا جهة للدفع عن المسلمين فيصلح جهة وثمة ولو كان جهة لكان جهة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة النص انتهى أقول ليس هذا الفرق بنصام فضلا عن كونه ظاهرا اذا

بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لاشئ عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى ووجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفرق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأجيب بأن القسامة والدية وردتا في قتل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جرحه اذا صار صاحب فراش قتل شرعا لانه صار مريض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجب الدية والقسامة وأما اذا كان صحاحنا يذهب ويحيى فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالمت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

وقوله (ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه) اعلم أن المصنف رحمه الله قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لثني فيه) لأن الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون عذرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم

لأنسلم أن الظاهرة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل الحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصية في ذلك المحل فيلزم أن يكون عذرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير إلى ما ذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققت (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلة لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليالة وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت أما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهما وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ما يمكننا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعبر عن صورتين قطعاً أي ضرورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فامعنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها ثم أن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى بقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة وعلى التقدير الثاني ولم بقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معاً متناول الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا أن عاقلة وعاقلتهم إذا اتحدت أصبح نسبتهن إلى الورثة كما يصح نسبتهن إلى الميت بل تكون نسبتهن إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع يختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غير ولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضاً شيئاً من الركاكة فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت

حنيفة رحمه الله ثم قال في دلياله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت أما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فإن كان الأول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهما وإن كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ما يمكننا أشار إلى الأول في حكم المسئلة وإلى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فإن حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعبر عن صورتين قطعاً أي ضرورة أن كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فامعنى تخصيص حكمها بالصورة الأولى بمجرد الإشارة إلى إمكانها ثم أن تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى بقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلة وعلى التقدير الثاني ولم بقدر على التقدير الأول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني بقدر في قوله فالدية على عاقلة مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلة أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول صورتين معاً متناول الصورة الثانية وهي أن كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الأولى وهي أن كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلا أن عاقلة وعاقلتهم إذا اتحدت أصبح نسبتهن إلى الورثة كما يصح نسبتهن إلى الميت بل تكون نسبتهن إلى الورثة أولى ههنا لأن الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلة لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لأنه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لاله لأنه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلة بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وإن كان في موضع يختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الأصح وعلى قياس طريقة أن غير ولو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القاتل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الآن في تقريره أيضاً شيئاً من الركاكة فالأرجح ما قررناه من قبل تأمل ترشد (قوله) وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وانما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القاتل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح

به المصنف في تقرير الدليل

بأنهم يحب للقتول حتى تقضى منها دونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباهم يحب الدية على عاقلته وتكون ميراثه ثم اعلم بأنه صنع مثل ذلك في ذكر الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمه الله إشارة إلى أن القسامة واجبة عليهم وجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فإن القسامة لم تذكر في الأصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لأنها تختص بمن يعلم بحال القتل وليس ههنا من يعلمه فلا يلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذلك في الدليل عن ذكر الدية لأن وجوبها يستلزم وجوب الدية وما ألفتها بخبر ابل الله ثراه ولما (٤٠١)

إذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ما ذكرنا من الجواب بقوله لأن حال ظهوره الخ يعني انحصار دم المكاتب هدر الان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنسخ اذا مات عن وفاة بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيلا نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدر

بجمل لاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فصبر كأنه قتل نفسه فيه رد دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لأنه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولا ييوسف أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيلا في محلة (ولو وجد قتيلا في قرية لا امرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليهم القسامة تكرر عليهم الايمان والدية على عاقلته أقرب البائل اليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لان القسامة انما تجب على من كان من أهل النضرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي وأهلها أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لاننا نزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهلها قال هو على صاحب الأرض) لأنه أحق بنضرة أرضه من أهل القرية

لورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بأنهم يحب للقتول حتى تقضى منها دونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه إذا قتل أباهم يحب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ما ذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ومحمد في جواب الاعتراض أن تكون دية له لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثانی الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعز في كلمات الثقات ثم أقول بقي هنا إشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القتل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتحمل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولا فلان الدية اسم لمجموع ما قدره الشرع من الأنواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع

حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للآل وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلمه قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما اذا وجد قتيلا في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

(٥١ - تكمله ثامن) أي من مشايخنا رحمه الله (ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجبي عني المعاقلة ان شاء الله تعالى وانما دخلت في هذه الصورة لانها انزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكذلك دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرهما من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لأنه أحق بنضرة أرضه) لان الحفظ والتدبير في الأرض الى صاحب الأرض لا الى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول يخالف لما سفي بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار لا كسل الى جوابه في الدرس الثاني من المعامل

كتاب المعادل

لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها وأحكامها في هذا الكتاب وقال (المعادل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله (وجبت بنفس القتل) يعني ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الأبوته فهي في مال القاتل لأعلى العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعني الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذي تولى شبه العمد) وهو الذي ضرب به بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفي إيجاب مال عظيم إجماعه) فسر الإجماع بقوله واستئصاله وقوله (انما قصر) يعني أن القاتل انما قصر حالة الرمي في الثبوت والتوقف وقوله (وتلك) أي القوة

كتاب المعادل

أقول كان الأولى أن يقال كتاب العواقل لان المعادل جمع معقلة وهي الدية كما قال هو فكتانه قال كتاب الديات فصار تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهو من يتحمل الدية وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله وهو الذي ضرب به بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

كتاب المعادل

المعادل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماغ من أن تسفل أي تسلك (والدية في شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقل الذين يعقلون) يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث جل بن مالك رضي الله عنه الأولياء قوموا فندوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاضرار والخطا معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظر الى الآلة فلا وجه الى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجماعه واستئصاله فيصير عقوبة قضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطايهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرابات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلان المحذور المذكور في الاعتراض المزبور انما هو أن يكون الذين عقلا عنهم هم الذين عقلاوهم وهم الورثة كما بناه على قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لأن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك الجيب تكون الورثة أيضا من وجبت عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا بحالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

كتاب المعادل

أقول هكذا وقع العنوان في عامة المعتبرات لكن كان ينبغي أن يذكر العواقل بدل المعادل لان المعادل جمع المعقلة وهي الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتمام في نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى في كتاب الديات وانما المقصود بالبيان هنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب في العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما في معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها في هذا الكتاب انتهى واقتضى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات في هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغي أن يذكر الباب أو الفصل ليكون المذكور هنا انذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانها امر متغير للديات ذاتا وحكما فكانت محالة ذكر الكتاب وكأن ذلك الشارح انما اغترى ذكر المعادل في عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع في بيان من يجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قاله لمكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية في شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

كتب أساميه في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على أهل العشرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دؤن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم من غير تكبير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع القرابة والخلف والولاء والعهد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهل اتباع المعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقبتهم أهل الحرفة وان كان بالخلف فأهل الدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبي عليه السلام ومحمي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبل بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما بين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل

مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة في شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية في شبه العمد والخطا مستدرا كالطائل تحته ههنا اذا كون الدية واجبة في شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا في أول كتاب الخنايات وكتاب الديان وليس له تعلق بكتاب المعاقل بقوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية في شبه العمد والخطا على العاقلة اذ بهذه الخينة تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله في شبه العمد والخطا صفة أى الدية الكائنة أو الواجبة في شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية في شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدأ وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونه على العاقلة متسجما على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بالارب (قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة مرة) أقول في تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج في سنة واحدة أو في سنتين وفيما بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج في سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو النقد بثلاث سنين وأيضاً يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة في ثلاث سنين وفي تمام الدية لقله آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذلك من العطايا الخارجة في أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الخينة أيضاً كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابل النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا أن الشرع ورد بذلك كما صرح حوايه والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو المحكي عن عمر رضي الله تعالى عنه كما مر آنفا فينبغي أن يحتص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجي نظير هذا في الكتاب في تعليل أن ما وجب على القاتل في ماله كما اذا قتل الأب ابنه عمدا ليس يحال عندنا بل مؤجل بثلاث سنين فقاما هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفي بعض النسخ ولو خرج للقاتل أى للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العيني أقول كيف يكون ذلك هو

مجموعة ويروى أن عمر رضي الله عنه أول من دؤن الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه في الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية والعطايا جمع عطية وهو معنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالخلف) الخلف بكسر الخاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء المسوالة وقوله (والولاء) أى ولاء العتاقة وقوله (والعهد) هو من العبد وهو أن يعد فيه يقال فلان عديد بنى فلان اذا عد فيه وقوله (فان خرجت العطايا في أكثر من ثلاث) أى ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث في ست سنين يؤخذ منهم في كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث في سنة واحدة أخذ منهم الدية فيم اوقوله (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت في ثلاث سنين أو في أقل منها وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام القدوري رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم في ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين في المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا وإذا كان جميع الدية في ثلاث سنين فكل ثلث منها في سنة وإن كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كإحدى سنة واحدة وعازد على الثلث إلى عام الثلاثين في السنة الثانية ومزاد على ذلك إلى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمدا فهو في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

الصحيح حينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه في المستقبل لغوا محضاً لأن ما يخرج للعام القابل أي المقبل لا يكون إلا في المستقبل قطعاً معني تفسير المراد بقوله معناه في المستقبل اللهم الآن يفرق بين خروج في العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى إمكان كون الخروج للعام القابل في الماضي بأن خرج العطاء في الماضي للعام القابل أي لأجل العام القابل بطريق تعجيل إعطاء عطية العام الآتي أيضاً المصلحة لكنه تعسف لا يخفى نعم في النسخة الأولى أيضاً كلام وهو أنه قال في جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولا شك أن كل الدية إنما يؤخذ من العطايا التي خرجت للعاقلة أجمعهم لا بما خرجت للقاتل فقط لأنه يمكن أن يقدر المضاف في قوله ولو خرج للقاتل أي لو خرج للعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة حينئذ ينظم جواب المسئلة كما لا يخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء أقول أراه من خرجوا عن سنين الصواب إذا الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية حينئذ لا مجال ليكون قوله المزبور إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء إذ لا تأثير ليكون الوجوب بالقضاء في أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة في سنة واحدة في مسئلتنا هذه بل إنما يكون قوله المزبور حينئذ إشارة إلى قوله لحصول المقصود فإنه يصلح أن يكون دليلاً عليه إذا ذلك كما لا يخفى على ذي مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلاً على قوله معناه في المستقبل لصح جعل ذلك إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلاً على ما وقع ذكره من المصنف استطراداً وبالتبع وهو قوله معناه في المستقبل وترك ما هو أصل المسئلة ومقصود بذات خناها لما عني الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلاً بقوله معناه في المستقبل (قوله وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ماله في ثلاث سنين) أقول هذا الخبر يحتل إذا الظاهر أن خبره في قوله وما وجب على العاقلة إنما هو قوله فهو في ماله إذ لو كان خبره في ثلاث سنين لم يكن للفاء في قوله فهو في ماله معني بل لم يظهر لضمير هو في قوله فهو في ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا استربة عنده من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الأدبية فإن كان خبره ما قوله فهو في ماله لم يصح معني الكلام في المقام فإن ما وجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بل لا ريب فالحق في تحرير المقام أن يقال وما وجب على العاقلة من الدية أو على القاتل في ماله بأن قتل الأب ابنه عمداً فهو في ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس بأباه والشرع ورد به مؤجلاً ولا يتعداه) قال صاحب العناية في شرح قوله أن القياس بأباه أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولاً فلا نلو كان معني قول المصنف أن القياس بأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور ههنا مدعانا فإن إيجاب المال بمقابلة النفس لا يكون حينئذ مخالفاً للقياس لأن عدم اقتضاء القياس إياه ليس باقتضاء لهدمه والمخالفة إنما تتحقق في الثاني دون الأول فإذا لم يكن ذلك مخالفاً للقياس لم يلزم من ورود الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلاً أن لا يتعدى غيره لأن الذي لا يتعدى مورد ههنا هو

وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأن الرجوع بالقضاء وقوله (وإذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس بأباه) أي القياس بأبي إيجاب المال بمقابلة النفس يعني لا يقتضيه لأن القياس من حجج الشرع وهي لا تتناقض والشرع ورد به أي بإيجاب المال مؤجلاً في الخطأ فلا يتعداه فإن قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلناه في معناه من حيث كونه ما لا وجب بالقتل ابتداءً والمساواة من جميع الوجود غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله لأن الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الظاهر أن يكون إشارة إلى قوله لحصول المقصود (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لا يترتب الحكم عليها) أقول يعني لا يترتب الحكم على الحكمة

وقوله (لان الواجب الاصل الى المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا انه اذا رفع الى القاضى وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداءا واما من وقته) أى من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) فان قيمته انما يجب بقضاء القاضى وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا هو ذلك الولد قبل (٤٠٥) القضاء لم يضمن المغرور شيئا وهذا هو الموعود

من قبل بقوله لان الواجب بالقضاء على ما بين وقوله (وهذا) أى قول القدورى رحمه الله لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز ان يزداد على أربعة من جميع الدية) فاذا اخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة وأثنا عشر وليس كذلك فان محمد رحمه الله نص على انه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وقوله (وهو الاصح) احتراز عما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمه الله مما فهم من اشارة كلام القدورى ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسبيا) قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حقت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب

ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصل المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءا واما من وقته كما في ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته) لان نصرتهم وهي المعتبرة في التعاقب قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزداد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضى الله عنه كذا ذكره القدورى رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزداد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزداد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الادرههم أو درهم وثلاث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبيا كل ذلك المعنى التخفيف ويضم الاقرب فالأقرب على ترتيب العصابات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقليل يدخلون اقربهم

ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله وهي أى حجج الشرع لا تتناقض أن حججه المعمول به لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو ترك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا أى سواء كانت معمولا بها أولا فممنوع **ك**يف وقد وضعوا في كتب الاصول بال معارضة بين الأدلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التخصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هناعدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس في معنى الخطأ فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء عينا في ما مر منه في أول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هنالك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعنى ابتداء وقالوا يحترز به عن دية يجب بسبب الصلح أو الابوة في القتل المدفان في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المناقاة غير خاف على ذى مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجال خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أقول قد مر في كتاب الجنائيات انه اذا قتل جماعة واحد اعدا اقتص من جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ فجاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلما قيل ان يقول هنا فلم لا يجب على كل واحد من العشرة القاتلين واجدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في المدفان على أن القتل لا يتجزأ وقد مر في كتاب الديات أنه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتنامل في الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصل المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداءا واما من وقته) قال الشراح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

أما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبيا فبعد ذلك قال المصنف لان الواجب الاصل المثل والتحول الى القيمة بالقضاء أقول بل الواجب الاصل الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الاحكامه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقبته قبيلته لان نصرتهم) أقول أى بالقبيلة ويحتمل أن الباء للابسة والمعنى لان نصرة القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدورى) أقول من النسبة في قوله مما

وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والنجاء والابناء لا يكثررون وعلى هذا حكم الرايات إذا لم يتسع لذلك أهل راية ثم الهم أقرب الرايات يعني أقربهم نفساً إذا خرجهم أمر القرب فالأقرب وبعده وتوسر ذلك إلى الامام لأنه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار ولكننا نقول شيء أحط رتبة منها ألا ترى أنها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها لتحقيق زيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهم مصلته من بيت المال ثم ينظر أن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكم يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وإن كان يخرج في كل ستة أشهر يخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وإن كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بمحضته من الشهر حتى يكبرن المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وإن خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بمحضته الشهر وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الأعطية دون الرزاق لأنها أسرا مالان الأعطية أكثر أولان الرزق لكفاية الوقت فيتمسك الأداء منه والأعطيات ليكوفوا في الديوان فائمين بالنصرة فيتمسك عليهم

النفس النفس إلا أنه إذا رفع إلى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس ما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخطأ في تحويل الحق بالقضاء إلى المال انتهى أقول فيه نظر لأنهم إن أرادوا أن ضمان المتلفات مغللة حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ إنما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤنسة ودية مسلمة إلى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ فتحرير رقبته مؤنسة ودية مسلمة إلى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم إن قوله تعالى فاعندوا عليه بمنزلة اعتدى عليكم كل يفتدي بطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضاً بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصاً منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبته مؤنسة ودية مسلمة إلى أهله وإنما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصاً عليه من قبل رب العزة ثانياً قبل القضاء بل قبل أن يخاف القاضي وإن أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس إنما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيئاً فيما نحن فيه كما لا يخفى (قوله وقيل لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والنجاء والابناء لا يكثررون) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الأبناء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الأخوة فمنوع كيف وأخوة أبناء أبيه فإذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وإن كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه إذ كل منهم مصلته من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا بالأثم مسألة هرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فإن المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم بالأثم قول المصنف قبيل تلك المسألة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة والذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

أختلف المشايخ ردهم الله نسل بعضهم بغير المال والقرى الأقرب فالأقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوى بين الكل) يعني الأبناء والابناء وغيرهم لا بد صلة لا ينبغي على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقاتل والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر (قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للقاتل والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لأنه لا يلائم قوله وإن كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينظر أن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في الخبر الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر وقيل يوماً بيوم والمسروقة الذين يأخذون الرزق يوماً بيوم وإن لم يثبتوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقاتل والرزق للفقراء انتهى

قال (وأدخل الذائل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لآخراجه
ومرأ اخذه غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شي من الدية اعتبار بالجزء بالكل في النفي عنه والجامع
كرنه معذورنا لاجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورنا لبرىء
منه أولى قال الله تعالى ولا تزروا زرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية من كانه حظ في الديوان
عقل) لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولا ن العقل انما يجب على أهل
النسرة اتركهم مراقتبه والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلاف عن
النسرة وهو الجزية

واحدة وكذا النسرة الذي ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا ليس
بعزيزي المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت
والعطية ما يفسر ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للقاتلة والرزق
ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان مجدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات
فرضت الدية في أعطيائهم سم دون أرزاقهم فعمل بذلك أن الرزق يفرض للقاتلة أيضا انتهى أقول ان
صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء في الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان
الرزق والثاني موضع بيان العطاء فقال في الاول الرزق ما يخرج الجندى عند رأس كل شهر وقيل يوما
بيوم ثم قال وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للقاتلة والرزق للفقراء وقال في الثاني العطاء اسم
ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج
الجندى من بيت المال في السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفي شرح القدوري
في العاقلة الدية في أعطيائهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية في
أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا
مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره في الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره
في الموضع الثاني أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج الجندى من بيت المال في السنة مرة
أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدوري بقوله وقال الفرق
بينهما أن العطية ما يفرض للقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضى
عنه صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه ويراد النظر عليه ليس كما ينبغي
والعجب ههنا من صاحب الغاية أنه خص بالذكر من بين ما ذكره في الفرق بين العطية والرزق ذلك القول
الذي رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيأ يدفعه مع ظهور أن المسئلة
الآتية في الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في
الاعطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي
كأحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كأحد العواقل في أداء نصيبه من الدية اذا
كان القاتل من أهل العطاء في الديوان وأما اذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شيء من الدية
عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الأعطيات وقال وهو هكذا منصوص في المبسوط واقتنى أثره في تقييد
هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب الغاية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر في
الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلة لان نصرته بهم وهي المعتمدة في التعاقل ولا شك
أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء في الديوان قد لا تكون هي أيضا من أهل العطاء في الديوان وقد
مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصروهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالخلف فأخذه
وعلى مقتضى ما ذكر في النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الأعطيات في تعليل قوله وأما اذا لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع
العاقلة) يعني اذا كان
القاتل من أهل الديوان
أما اذا لم يكن فلا شيء عليه
من الدية عندنا أيضا كما
لا يجب عند الشافعي رجه
الله قال (وليس على النساء
والذرية من كانه حظ في
الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله
تعالى ولا تزروا زرة وزر
أخرى) أقول قال القاضي
في تفسيره أى ولا تحمل
نفس آتية ثم نفس أخرى
وقال القاضي في تفسير سورة
الانعام جواب عن قولهم
اتبعوا سبيلنا وتحمل
خطاياكم انتهى فعلى هذا
لا يتجه التمسك به في هذا
المقام لاثبات الملازمة
وأما المصنف لم يحمل على
هذا المعنى بل قال أى
لا تحمل نفس حاملة حمل
نفس أخرى فاستدل بها
فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية) قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبل المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأه حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقديرأولى لا نناقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المألوم فيتحقق المألوم بخلاف القتل مباشرة فإنه لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينفي على إيجاب القسامة عليهم او في ذلك تناقض لانه قال قبل هذا ولاقسامة على صبي الى أن قال ولا امرأه وعبد وقال ههنا ولو وجد قاتل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان (٤٠٨) لم تكمل أهل المحلة خمسين كسرت الايمان ومعناه لا يكمل أهل

وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزه من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصرف نفسه وهذا لا يوجد فيه ما والفرض لهم من العطاء للمعونة لا للنصرة كقرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهم (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لأهل مصر فانهم اذا خربهم أمر استنصر رواجهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصره (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصره بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصره بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقلة (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء

المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصره واليمين على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد في قريبها فيجب عليها نفيا لثمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فن كان أهلاً لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بثمة القتل فن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا يدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذرائعهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كافي حق

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضاً يلزم أن لا يجب الدية على العاقلة أيضاً فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلة من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هناك لافي حق القاتل ولا في حق عاقلة واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبهه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغى أن يجب على القاتل أيضاً شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء للعلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لاختراجه ومواخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لاشئ عليهم) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبل كتاب المعاقلة فيما اذا وجد القاتل في دار امرأه حيث أدخلها المتأخرون هناك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهناك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلا ن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقديرأولى لا نناقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق المألوم فيتحقق المألوم بخلاف القتل مباشرة فإنه قد

الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أى معونة الامام وأهل لهما لا باعتبار نصرتهم ما غيرهما

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو حاله (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الأصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطاء بالمعونة لا بالنصرة كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بنتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخطاطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصره منهنما لغيرهما فلم يدر فرض العطاء للنصرة انتهى والتسمية في قول المصنف كقرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون القرض للنصرة لافي كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهل البادية أقرب إليه ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة قيل هو صحيح لأن الذين يذون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوي تارزا في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لأنه لا يستنصر بهم (وان كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لاسيما في المعاني العاصمة عن الأضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه) كما في حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فاذ لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل أحدهم ما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه نظر لأن استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا أما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة بالاستقراء ممنوع فإنه إذا وجد القاتل في قرية أمرأة فعند أبي حنيفة ومحمد يجب عليها القسامة ولا يجب عليها شيء من الدية على ما هو المنصوص عليه من محمد كما ذكر في غاية البيان والكفاية وغيرهما والمتأخرون وإن قالوا إن المرأة تدخل مع العاقلة في تحمل الدية في تلك المسئلة الآن تعليلهم إياها بقولهم لا نأثرنا ما قاتلته والقاتل تشارك العاقلة كما مر في الكتاب قبل كتاب المعاقل بأبي الفرج بين القاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقة واللا يتم تعليلهم المذكور لآعلى قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق في التوفيق بين المسئلتين المذكورتين في المقامين ما ذكره سائر الشراح فإنه قال في الكفاية هذا يخالف ما ذكره قبيل المعاقل من اختيار المتأخرين أن المرأة تدخل في التحمل مع العاقلة إلا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوي وهو الأصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال في معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجد قاتل في دار أمرأة أن المرأة تشارك العاقلة عند المتأخرين إلا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمين أن المرأة لا تدخل في العواقل في صورة من الصور انتهى وقال في غاية البيان فإن قلت قد مر قبيل كتاب المعاقل أن القاتل إذا وجد في قرية أمرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلته عند أبي حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون إلى أنها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت نعمه أيضا لأن مشاركتهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما استحسن المتأخرون في تلك المسئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فإن قلت هذا الجواب يمتنع على إيجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لأنه قال قبل هذا ولا قسامة على صبي إلى أن قال ولا أمرأة ولا عبد وقال ههنا لو وجد قاتل في قرية لا أمرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرار الإيمان وذلك تناقض التمسك بالجواب أن ذلك مذکور في سياق قوله وان لم يكمل أهل الحلة نجسين كرت الإيمان فعنه لا يكمل أهل الحلة نجسين من الصبي والمرأة والعبد لأنهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما هنا فالقتل وجد في قرية بها فتجب عليها نفية التهمة القتل فانما تحقق منها وتبين من هذا أن القسامة إذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة وإذا وجبت على واحد تعلل

وقوله (وأهل البادية أقرب إليه) يعني نسبا وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع إلى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهل المصر) بيان لقوله أهل الديوان أي أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله (وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة) يعني أن لا ولي إلا بعد أن يزوج إذا كان الأقرب غائبا وقوله (لا سيما في المعاني العاصمة) كعدم القذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية في ماله في ثلاث سنين) أي لا على بيت المال لأن النصرة الموحجة للعقل غير موجودة بين الذمي والمسلم لا لقطع الولاية بينهما بخلاف المسلم فإن ديته على بيت المال إذا لم يوجد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجيء وقوله (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أي ليس بسبب نصرة أهل الإسلام إياه وقوله (لعدم التناصر) لأن المتعاقل يمتنع على الموالاة وذلك لعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت ملتهم لأن الكفر كله مله واحدة ذل أخذوا إذا لم تكن المعادة فيما بينهم ذل واحدة أما إذا كانت ظاهرة كاليمود والصارى ينبغى أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهذا كذا عن أبي يوسف أنه نطقا التماسا ولو كان التماسا من أهل الكوفة وله بها عطاء مخول ديوانه إلى البصرة ثم دفع إلى الثاني فإنه يقضى بالدية على عاقبته من أهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقبته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لأن الواجب هو الجناية وقد تحقت وعاقبته أهل الكوفة وصار كما إذا حوّل بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الواجب على القاتل وتحمل عنه عاقبته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة التماسا ترخص من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الألفاظا ذكرها وقوله (وعاقبته أهل الكوفة) الزوال للمال وقوله (لكن حصة القاتل ترخص من عطائه بالبصرة) يعني وإن كان بعد القضاء

بثمة القتل فمن كان من أهله أوجب عليه ومن لا فلا قد دخل المرأة إلى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظرا أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وإن لم يكمل أهل المحلة بخسين كررت الإيعان ممنوع بل ذلك مسألة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال إذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة بخسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لاني صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا من ضمنين إلى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين إلى الغير متروكا بالكتابة في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتمدة إذا فرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام إلى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا فلان ما ذكره من أن القسامة إذا أوجب على الجماعة تعطل بالنصرة وإذا أوجب على الواحد تعطل بتممة القتل من عند ياته لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعطل أحدهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكيم بحث وأما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعاملون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العتلين المذكورين كما لا يخفى على من يرجع المعينات وقدمت الإشارة إلى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم) وان اختلفت ملتهم لأن الكفر كله مله واحدة قال به بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول بأبي هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله أنهم لا يتعاقلون فيما بينهم لأن النكرة المدفوعة تفيد العموم على ما عرف فالاول في الجواب أن يقال المراد هناك في الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف ملتهم تبصر (قوله ولو كان القتال من أهل الكوفة وله بها عطاء مخول ديوانه إلى البصرة) ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضى على عاقبته من أهل البصرة) أقول لقائل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعاقلة أن العاقلة إنما خصوا بالضم إلى القاتل في أداء الدية لأن القاتل إنما قصر لقوة فيه وذلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القتال من أهل الكوفة كما ذهب إليه زفر لأن الجناية إنما صدرت عنه حال كون عاقبته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدور رعا عنه إنما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ إنما وقع منهم إذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغى

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) وان اختلفت ملتهم) أقول مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف) فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقبته عند القضاء أقول فيه أن يتحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير إنما وقع من أهل الكوفة فينبغى أن يجب عليهم

وخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المحتملين لما قضى به عليهم - ثم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا بطلاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في
أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير بالدية في أعطيائهم - وان كان قضى بها
أول مرة في أموالهم - لانه ليس فيه نفذ القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطيائهم - ثم
أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والأداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل
العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينشد
لا يتحول الي الدراهم أبد الما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر
قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصره بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولا يعتنصم به فأسبه ولا العتاقة وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم - ثم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكرهناك حكمة أن خصت العاقلة
بالضم الى القاتل في تحمل الدية لأعائه وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في
الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تشبيه ما ذكرهناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب
المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى
أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان
ديوان القاتل منحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا
عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها للقضاء فلا
بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعضور كما تقرر فيما مر
(قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال
جاعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بدينته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة تجوز بعضهم حيث يضم اليهم - ثم أقرب
القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المحتملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا بطلاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة
مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستندركة في
بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى
أحد قط بل انما فيه تكثير المحتملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغير النقل بل ينافيه وعن
هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم
الاول لا بطلاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين
المذكورتين ان آخر النقل في صورة العاقلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف

وخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب لان في النقل
ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المحتملين لما قضى به عليهم - ثم فكان فيه تقرير الحكم
الاول لا بطلاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى
استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم
وكذا البدوي اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم في
أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير بالدية في أعطيائهم - وان كان قضى بها
أول مرة في أموالهم - لانه ليس فيه نفذ القضاء الاول لانه قضى بها في أموالهم وأعطيائهم - ثم
أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والأداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل
العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فينشد
لا يتحول الي الدراهم أبد الما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر
قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصره بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم
قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولا يعتنصم به فأسبه ولا العتاقة وفيه خلاف
الشافعي وقد مر في كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم - ثم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكرهناك حكمة أن خصت العاقلة
بالضم الى القاتل في تحمل الدية لأعائه وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى في الجنس لا في كل فرد كما في
الاستبراء في البكر فلا يقدح عدم تشبيه ما ذكرهناك في مسئلتنا هذه فان ملاك الامر في تمام جواب
المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقضى
أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان
ديوان القاتل منحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا
عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها للقضاء فلا
بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعضور كما تقرر فيما مر
(قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم - ثم حيث يضم اليهم أقرب القبائل في النسب الخ) قال
جاعة من الشراح منهم صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق
بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضي قضى
بدينته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة تجوز بعضهم حيث يضم اليهم - ثم أقرب
القبائل في النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى
أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان في النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم
تكثير المحتملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا بطلاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة
مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستندركة في
بيان معنى المقام غير صحيحة في نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى
أحد قط بل انما فيه تكثير المحتملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغير النقل بل ينافيه وعن
هذا قال المصنف في الفرق بين الصورتين ان في النقل ابطال حكم الاول وفي الضم تقرير حكم
الاول لا بطلاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة في معنى المقام لقال المصنف في الفرق بين الصورتين
المذكورتين ان آخر النقل في صورة العاقلة كذا وفي صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لأن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الأموال قيل هذا إذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل النفس فتحمله العاقلة وإن كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القسيلا إذا كانت مائة كانت الدية على عاقبتهم وإن كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانهم ابدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة ونجسون درهما فإنه تقسمه العاقلة لأن تحمل بدل النفس ثابت بالنص وتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر التحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد في النفس لأن نص ولا علمه فيجب في ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلافنا في تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العوائل عمدا ولا عبدا (٤١٣) فقال لي محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه أن يقتل

العبدا فلا يسأل على عاقلة قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوفوا عليه وحرروا إلى رسول الله عليه السلام لا تعقل العوائل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة وأرض الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل التحرز عن الاجتناف ولا اجتناف في التلليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني) والقياس فيه التسوية بين القاتل والكثير نجيب الكل على العاقلة كما ذهب إليه الشافعي أو التسوية في أن لا يجب على العاقلة شيء إلا أن تتركناه عاروينا وعماروي أنه عليه السلام أوجب أرض الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه بذلك به مسائل الأموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني أخذ بالقياس

العبدا فلا يسأل على عاقلة من لأمثني من جنابة عبده انما جنابته في رتبته أن يدفعه إلى الجاني عليه أو يقديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنبا عليه بقتله حر أو بحرجه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما معناه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى بل يريه على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جازا يذهب إلى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبدا ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعي ان في كلاب العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت دية وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعي قلت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته

وقوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتحمل نصف عشر الدية فصاعدا قال في النهاية والدليل على أنهم لا يتحمل مادون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه نصار كضمان الأموال كذا في شرح الاقطع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول يرد عليه أن لكل مفصل من أصابع فيها ثلاثة مفصلات ثلث عشر الدية كما مر في كتاب الديات حيث قال وفي كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة مفصلات ففي أحدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفصلات أرض مقدرة هو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص في عمده لا محالة لا مكان رعاية المماثلة التي هي مبنى القصاص كما تقر في باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنابات فانتقض به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب في عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى نعم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعني قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر أن مادون الموضحة ليس له أرض مقدرة في نفسه فأشبه ضمان الأموال ثم قال فان قيل أرض الثلاثة مقدرة وهو ثلث دية الاصبع فينبغي أن يتحمله العاقلة قيل له ليس أرشها مقدرة بانفسها بل هو مقدرة بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شئنا مادون الموضحة بالأموال من حيث انه لم يكن له أرض مقدرة بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهي قوله ان القصاص لا يجب في عمده مجردة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوفوا عليه وحرروا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العوائل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرض الموضحة) قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل قوله عليه السلام لا تعقل العوائل عمدا

وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل في معننى عقلت عنه وسباق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمدا وسباقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقولنا بعد هذا

(قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلفوا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العوائل عمدا ولا عبدا فقال لي محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد سحر الخ) أقول قال الاتقاني واحتج محمد في ذات بشي رواه عن ابن عباس قال محمد حدثني عبد الرحمن بن أبي زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد أفلا ترى أنه قد جعل الجنابة جنابة المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عمدا ولا من صلح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب إلى أن المعنى ذلك

(ولا تعقل العاقلة جناية العبد) إضافة المصنوع إلى فاعله وأما إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الآن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العبد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبيعة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بتضاء القاضي فهذا أولى (٤١٣) وقوله (وتصادقهما حجة في حقهما) لان

أحمد المتصادقين أولى القتل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لاعلى المقر فاقراه حجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هناك في مال المقر لان هناك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة

فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلة بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بمحجودهم عاد الدين الى ذمة المحصيل أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله ديناً يدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فيه - لما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وإعجل

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا يلزم بالصلح أو باقرار الجاني) لما روينا ولانه لا تناصم بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الآن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقرب قتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضى بلد كذا قضى بالدية على عاقلة بالكوفة بالبيعة وكذبها العاقلة فلا شيء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لان الدية بتصادقهما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول (الآن يكون له عطاء معهم حينئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقرر على نفسه وفي حق العاقلة مقرر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلة قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولى الشافعى تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بأغرة ما بلغت

ولا عبد فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حر فليس على عاقلة مولاة شيء من جناية عبده انما جناية في رقبته أن يدفعه الى المحنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أى حنفية وقال ابن أبى ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه يقتله حراً ويحرره فليس على عاقلة لجاني شيء انما غنمه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذا كرت الا صمى في ذلك فاذا هو يرى العول فيه قول ابن أبى ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أى حنفية جازاً يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال السكاك الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبد أو معنى قول الأصمى ان في كلام العرب يقال عقلت القتل اذا أعطيت ديتته وعقلت عن فلان اذا الزمته دية فأعطيت اعنائه قال الأصمى كتبت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلمته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلمته يستعمل في معنى عقلت عنه وسبق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة - داوس ساقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحوا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام ان الخصم أن يمنع كون معناه ما ذكره يقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عبداً بصيغة المجهول ومن صلح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضاً فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاماً (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبيعة ففي الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبيعة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل وقال واعجل الاول أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبيعة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقاً للتخفيف في الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليستأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعمد ولعل المراد به قوله ومن أقرب قتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله ديناً دفع التوى الخ) أقول قوله لا دفع متعلق بقوله يستقيم

ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لأنه يثبت به مالك الاموال عندنا على ما عرفت وفي أحد
قوله العاقلة لا تحمله كفي آخر وقد مر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت
المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك وللهذا الوصيات كان ميراثه
نصيب المال فكذلك ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجوبه
أن الأصل أن تجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والاتلاف منه إلا أن العاقلة لا تحمله بحسب ما
للتخفيف على ماله واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الأصل (وابن الملاعة تعقله عاقلة أمه) لان
نسبه ثابت من مادون الأب (فان عقار عنه ثم ادعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في
ثلاث سنين من يوم يقضى القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل
الخطا اذ قد علم في كتاب الجنائيات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام ههنا
أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا أقصر المصنف البيان عليه في تعليل
هذه المسئلة وما ذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى
ثلاث سنين في هذه المسئلة لا في كون التأجيل فيما من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود
بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ما ذكره صاحب العناية في هذا الثاني لأنه قال وفي القتل معاينة
انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا اثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار
لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية
فرع وجوبها لا محالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل
عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون
أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى (قوله
ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لأنه يثبت به مالك الاموال عندنا على ما عرفت) أقول فيه
كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرفت ما ذكره في باب القصاص فيما دون النفس في
تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا
بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مالك الاموال فينعدم الثمائل بالتفاوت في القيمة كما صرح به
صاحب الغاية حيث قال هنالكا أن الاطراف يسلك بها مالك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العبد
بين طرف الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس
وهذا معنى قوله على ما عرفت انتهى ينتقض حينئذ ما ذكره في تعليل من حيثنا هذه بحمل العاقلة
مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هنالك أيضا مع تخلف
احكم عنه وان كان مراده ما ذكره في فصل بعد باب جنابة المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس
من العبد هي المالبية دون الأدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الأدمية دون
المالبية عندنا جاز أن لا ينتقض ما ذكره هنا بحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف
عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الأدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل
المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فإنه يعتبر المالبية والأدمية معا في أطراف العبد وانما يتم
هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهم لا يعتبران الأدمية فيها بالكلية وقد مر ذلك كله في الفصل
المرور في بيان مسئلة من فقهاء بني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى
لان يبنى دليلا على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على هكل حال عن فرع من
الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوله تحمله كفي آخر وقد مر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (وقد مر من قبل)
أي في أول فصل بعد باب
جنابة المملوك وقوله (قال
أصحابنا رجهم الله ان
القاتل اذا لم يكن له عاقلة
فالدية في بيت المال) يعني
اذا كان القاتل مسلما بدليل
قوله لان جماعة المسلمين هم
أهل النصرة والنصرة بالولاية
وهي منقطعة بيننا وبينهم
والباقي ظاهر

وقوله (ثم أدبت الكتابة) أي فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولا يؤه الى ولا بسبب حادث لم تنتقل جنيته عن الاولى قضى بها القاضي أو لم يقض) كالمولودين عبد وحره اذا جنى ثم أعقب العبد لا يتحول الجناية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولأوه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئر اقبل أن يعتق أبوه ثم سقط في البئر رجلا بعدما اعتق أبوه فان القاضي (١٥) يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شي لان الحادث بعد الحفر ولا العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد في ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا تنتقل الى الملك الحادث بل تبقى في الملك الذي وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئر في طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع في ملك المشتري انسان فبات فالضمان على البائع لا على المشتري لان ملك المشتري حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفصة مثل دعوة ولد الملاعة حوت الجناية الى الأخرى وقع القضاء بها أولم يقع وقد ذكر صورته في الكتاب وكذا اذا مات المكاتب عن ولد حر فمات المكاتب عن ولاءه فلم يؤد وما كانت حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبني تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنيته قوم أمه ثم أدبت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بها أدوا على عاقلة

عند الا كذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل العان بالا كذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحموا اما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن ولاءه وولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدبت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولأوه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزع من أجزاء حياته فمتين أن قوم الام عقلا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبي بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الأحرار ان كان الأحرار ثبت بالبينة وفي مال الأحرار ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضي على الأحرار أو على عاقلة له لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكمه فانتقل ولأوه الى ولا بسبب أمر حادث لم تنتقل جنيته عن الاولى قضى بها أولم يقض وان ظهرت حالة خفصة مثل دعوة ولد الملاعة حوت الجناية الى الأخرى وقع القضاء بها أولم يقع ولولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلهذه زيادة ونقصان اشترى كوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعد الاقيما سبق أدائه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخرج فيما ورد عليه من النظر والاضداد

في أول فصل بعد باب جناية المملوك واقتنى أثره في هذا التفسير صاحب العناية والشارح العمى ولم يتعرض لنفسه في ذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقدم من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير راجحة قطعاً لزم ذكر في ذلك الفصل تحمل العاقلة مادون النفس ولا تحمله ادية النفس لا عند الشافعي ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

كتاب الوصايا

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الأدي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد في آخر هذا الكتاب وانما المورد في آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه في آخر كتبهم لكن الكلام في شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر في قولهم في آخر الكتاب على الاضائي فان آخره الحقيقي وان كان كتاب الخنثى الا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان في قرب آخره الحقيقي وعن ههنا ترى القوم يقولون وقع ههنا في أوائل كذا وأخوه فان صيغة الجمع لا تتمشي في الاول الحقيقي والآخر الحقيقي وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والآخر الحقيقي والا يضائي ويمكن أن يقال أيضا لما كان ماذ كرى في كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه في حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية في اللغة اسم بمعنى المصدر الذي

الاب لان عتق المكاتب عند أداء البذل يستند الى حال حياته فمتين أنه كان للمولود ولا من جانب الاب حين جنى وان موجب جنيته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولولم يختلف حال الجاني ولكن انعاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء كما ذكر في الكتاب في صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة ونقصان اشترى كوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعد كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وبعد أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسباً وقد تقدم وقوله (الاقيماس سبق أدائه) استثناء من قوله اشترى كوا يعني لا يشترى كون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصي به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية
يوصون بها وفي الشريعة عليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان
أرقى المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة
طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة عليك مضاف الى ما بعد
الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا
المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض
المسائل مثل مسألة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي المذكورة في
كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أنهم اموضوعة في الشرع للمعنى
المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شيء من غير ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام
خواجه زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالي في المعنى الثاني فثبت يكون
ذكر المسائل المذكورة على أنهم من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده
تحقيقا ليس بشيء أما أولافلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي
المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال
لفظ الايصاء فيها باللام لا يابى يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما
لا يخفى فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين
المذكورين قط وأما ثانيا فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التبرع
مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجي في الكتاب ولا ريب في عدم شمول
شيء من المعنيين المذكورين شيئا من تلك المسائل فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر
الى ذنبك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جميعها في لفظ واحد بنا ويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا
حقيقا بان بعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل
التي ذكرها ذلك القائل جل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان
معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية
حيث قال هي إيجاب بعد الموت فانهم ما يشملون تلك المسائل جملة كما لا يخفى على التأمل والوجه في
التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من العلاقات والتجزئات جل معنى الوصية
شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبه الموصي
في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي
مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات
العالية في العقب وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصي له حياة وقت
الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حياته الوصية به صحيح والافلا وانما
تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تحوز
الاباحة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصي به شيئا قابلا للتملك من الغير بعد من العقود حال
حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون عقدا رثلث حتى انه لا يصح فيما زاد
على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خال أما أولافلانه
جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديونا بدون التقيد بان يكون الدين مستغرا فالتركه والشرط
عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه جعل من
شرائطها كون الموصي له حياة وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

أراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب ظاهر المناسبة لأن آخر أحوال آدمي في الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنائيات والديات لما أن الجنابة قد تنقض إلى الموت الذي وقته وقت الوصية والوصية اسم يعنى المصدر ثم سمي الموصى به وصية وهي في الشريعة تعليق مضاف إلى ما بعد الموت بطريق (٤١٧) التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها

كون الموصى أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وأن لم يولد وأجنبيا عن الميراث وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصى شيئا قابلا للتكليف من الغير بعدة من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون عقدار الثلث وركنهما أن يقول أوصيت بكذا لفلان وما يجزى مجزاه من الألفاظ المستعملة فيها وأما حكم الوصية ففي حق الموصى له أن يملك الموصى به مملوكا جديدا كافي الهبة وفي حق الموصى إقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتهما ما ذكره

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وذلك انما يدل على وجود الجنين وقت الوصية لأعلى حياته في ذلك الوقت كما لا يخفى على العارف بأحوال الجنين في الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور في عامة المعبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلا نه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدارا للثلث لازما إذا عليه وهو ليس بسديد على إطلاقه فان الموصى اذا ترك وروثه فأنما لا تصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجزه الورثة وان أجازوه صح وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى يجمع ماله عندنا كما تقر في موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بأن لا يجزئه الوارث

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال بعض المتأخرين في حل هذا التركيب أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب وقال ثم ظاهر الابدال بفيد أن المراد ببيان صفة الوصية بيان ما يجوز منه وما يستحب منه لكنه الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة فالأولى إرادته بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلا نه سلك مسلك التقدير في قول المصنف ما يجوز من ذلك وما يستحب منه حيث قال أي ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه وما لا يستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير انصح في قوله ما يجوز من ذلك لا يصح في قوله وما يستحب منه اذ ليس في جنس الوصية ما يخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لا يرتفعان عن شيء فلم يبق من جنس الوصية شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز حتى يصلح ذلك لأن يذكر بعدهما فان قيد كل واحد منهما بشيء يخرج منه ما يستحب منه لا يبقى من ذلك شيء يغاير ما يجوز منه وما لا يجوز وما يستحب منه حتى ينسدرج فيما لا يستحب منه فيصح تقديره لا يقال المراد بالجواز تساوى الطرفين وعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لا مجرد رفع التساوى حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بما لا يستحب منه ما هو الواجب منه لانا نقول في الاستحباب يع الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فنأين يدل ما لا يستحب منه على ما هو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولئن سلم جواز إرادة ذلك به يفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يدرج في عنوان الباب ما هو الواجب من الوصية فيخالف ما ذكره في أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهي مستحبة وبالجملة لم يوجد ما ارتكبه محل صحيح قط فالصواب ان لا تقدير في شيء من كلام المصنف ههنا فان صفات الوصية الشرعية هي الجواز والاستحباب والرجوع عنها أي كونها رجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة بما ذكره في عنوان الباب صراحة فلا حاجة إلى تقدير شيء أصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان في صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر في أثناء مسائل الباب ما لا يجوز من الوصايا لكن لأجل إزالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال في مسائل سائر

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

(قوله وسببها سبب التبرعات)

أقول وهو طلب زيادة الزلف في العقبى كما مر في الوقف (قوله وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع

(٥٣ - تكمله ثامن)

الميراث) أقول أي وقت الموت (قوله وأن لا يكون قاتلا) أقول قال في البدائع وأن لا يكون حريسا غير مستأمن فان كان لا تصح الوصية من مسلم أو ذمي

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس بأبي جوازها لانه قليل مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أنشيف الى حال قيامها بان قيل ملكته غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسنه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف اليات يحتاج الى تلافى بعض ما فرط منه من التفريط بعلمه على وجه لو مضى فيه بتحقيق مقصده المآلى ولو أنه هضم البره بصرفه الى مطلبه الخالى وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناء

الكتب وأماناته فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به ان المراد ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدا صرح به وانما الذى صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ما ذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لأن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذى ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم انما ذكره او ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها او شرائطها او ركنها او حكمها ووصفها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين وأما الثالث فلان قوله فالأولى ايراده بالوالتو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو اورد المصنف بالوالتو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ما ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أى فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضاً فكان هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالأولى ايراده بالوالتو العاطفة وامرئ انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقاً لا يتناسب ما مرأ نفياً في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سياتى في الكتاب من أن الوصية بالثلث الاجنبى جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم الا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لأنهم استحبته على الإطلاق فكانه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التى فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في العناية أخذنا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيراً الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فنرضى ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرون فرض نظراً لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقررى في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقرين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب تحريرهم سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلاً على ما قبل المتبادر أن تكون دليلاً على قربتها ولا يخفى أنها لا تصلح لأن تكون دليلاً على القول الثانى وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلاً آخر

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فتدبره غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقرين اذا كانوا ممن لا يرون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان تتركوا خيراً الوصية للوالدين والاقرين والمكتوب علينا فنرضى ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس بأبي جوازها لانه قليل مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أنشيف الى حال قيامها بان قيل ملكته غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسنه لحاجة الناس اليها الى آخر ما ذكره في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيناء) في أنها اعتقد بأبي القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازها بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرون) أقول بسبب الكفر والرق

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين إلى آخر ما ذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازي رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق نفع الاسلام في أصوله وقرره في التقرير بان الله تعالى رتب الموارث على وصية نسكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك (٤١٩) الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه

الوصية عليهما وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منسكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكروا خلاف الاسلام وجه آخر وقد قررناه في التقرير واستدلوا بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أي على جواز الوصية (اجماع الامية) وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام بثلاث أموالكم من غير تقييد باجازه وقوله (وسنين ما هو الا فضل فيه) أي في فعل الوصية أو في قدر الوصية

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة وهو قول النبي عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتهم وعليه اجماع الامية ثم نصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنين ما هو الا فضل فيه ان شاء الله تعالى

بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى بخار أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثاني على القول الثاني بطريق التوزيع على الف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكرك على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلي الخصمين مستقصى ومستوفى في النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكر ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتضى أثره الشارح العمسي أقول فيه بحث اذا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال في وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكك غدا كان باطلا فهذه أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدي نفعاً اللهم الا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جواباً عن وجه القياس مجرد تضمينه قدح مقدمة مذكورة فيه وهي قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال ماليته لا كونه جواباً قاطعاً عن عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تقييد لوجه الاستحسان فانه لما كان في تجوز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك لدفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالموت بل تبقى ماليته بعدة في حق ما يحتاج اليه كما في قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازي على نسخ قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق نفع الاسلام في أصوله وقد قررناه في التقرير بان الله تعالى رتب الموارث على وصية نسكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليهما وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان ما فرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منسكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أي وصية كانت نصيبها ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يدعيه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان الموارث وان لم ترتب في هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتب على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصي بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضاً تحت اطلاق هذه الوصية المنسكرة فنأين يلزم انتفاء

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهواً والعبارة الصحيحة لرتبة عليهما (قوله بل بعد أي وصية كانت نصيبها) أقول ولنا فيه بحث فان

دلالة ما ذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة وانعاد لالتداعى أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها عن غيرها أيضاً وان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يبدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مفقود وعليك بالتأمل

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه
الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف

وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الآية وفائدة ترتيب الموارث على الوصية
المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر الموارث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب
في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي النيسابوري في تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا
الحكم في بدء الاسلام فنسخ بآية الموارث بان قال فيه نظر لان آية الموارث لا تعارضه بل تؤكده من
حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لترتيب
هذه الوصية عليهم في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لترتب هذه الوصية عليهم حيث قال
ولعل هذا سهاوا والعبارة الصحيحة لترتيبها عليهم انتمى أقول انما السأهي نفسه لان مراد صاحب
العناية بهذه الوصية في قوله لترتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى
لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيسا بكلام الله تعالى فانه تعالى
قال في أول آية الموارث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي يأخركم ويعهد اليكم في شأن
ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهوا بل كان فيها
لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن
هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوة عليه الصلاة والسلام
ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف
القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدلل عليه بهما دون ذلك انتهى
أقول ليس هذا بسديد لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلاث
أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لاصراحة وهو ظاهر ولا دلالة لأن مفهوم
المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث جواز الوصية بما زاد على الثلث
وعدم جوازها ما سكوت عنهم بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق
عليكم بثلاث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث
على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بدلول ذلك الحديث
أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك
الحديث وقال ذلك البعض الا أن القائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها
بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار
ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بتمام لان نفي جواز
الوصية بالكل والنصف وانبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا أن
قوله عليه السلام والثلث كثير بعد ما ثبت جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث
أو أوص الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي الثلث كاف أو على أنه فاعل محذوف الفعل أي
يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة
في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد
أشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث
كثير بعد ما نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد قول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا

(ولا تجوز بما زاد على الثلث)
لقوله عليه السلام في
حديث سعد بن أبي وقاص
وهو ما روى محمد بن الحسن
رحمه الله في كتاب الآثار
قال أخبرنا أبو حنيفة قال
حدثنا عطاء بن السائب
عن أبيه عن سعد بن أبي
وقاص قال دخل النبي صلى
الله عليه وسلم يعوذني فقلت
يا رسول الله أفأوصي بحالي
كاه قال لا فقلت في النصف
قال لا قلت في الثلث قال
الثلث والثلث كثير لا تدع
أهلك يتكففون الناس
وفي صحيح البخاري انك أن
تدع ورثتك أغنياء خير من
أن تدعهم عالة يتكففون
الناس

(قول المصنف ولا تجوز بما زاد
على الثلث لقوله عليه الصلاة
والسلام في حديث سعد
الثلث والثلث كثير) أقول
قال النوراني يجوز رفع الثلث
ونصه فالرفع على أنه فاعل
أي يكفيك الثلث أو على أنه
مبتدأ محذوف الخبر أو
عكسه والنصب على الأغراء
أو على تقدير أعط الثلث

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الآن الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليندارك تقصيره على ما بينه وأظهره في حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم ثم حرزا عما يتفق من الايثار على ما بينه وقد جاء في الحديث الخفيف في الوصية من أكبر الكبار وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الأن يجيزه الورثة بعدموته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولامعتبر بإجازتهم في حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتشبه فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به قالوا في تعليل هذه المسئلة ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الآن يجيزه الورثة بعدموته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا تجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض وبأى توجيهه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثله قوله أو وصيت لفلان بثلاث مائة في قوة أو وصيت له بثلاثة وثلاثة الاخر ويجعل قوله أو وصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أو وصيت له بثمانية آلاف وبالفين الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الغائه ما أمكن وحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بالفظ يجوز تصحيجه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى أقول حسب انه أي بأمرهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدركه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شيء واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ألا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدر في بيع بصفة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر الفساد فلا يتعدى الى الاخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية وأختها في النكاح والمخذور وبحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا كان متعددان كان محل الصحة بعضا من شيء ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن اللغاهما أمكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعوا اليه أصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذ ارداه الورثة واثباتهم في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أقيمت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (ثم حرزا عما يتفق من الايثار) أي احترازا عما يربط من تأذي البعض وقطبيعة الرحم بسبب اتيار البعض على البعض (على ما بينه) يعني عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الخفيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروى الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو المبل وقوله (الآن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث

(قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال لأن المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفي مباحث العلة من كتب الاصول ان المرض علة تشبه الاسباب

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان (٣٣ ح) لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم

مصادفتهم المحلا والساقط
هـ تلاش فأجازتهم متلاشية
فكان لهم أن يردوا بعد الموت
ما أجازوه في حال حياة الموصي
فإن قيل لانسلم عدم مصادفة
الحمل فإن حق الورثة ثبت
في مال المورث من أول المرض
حتى منع عن التصرف في
الثمين فلما مات ظهر أنها
صادفت محلها فصارت
كأجازتهم بعد موت المورث
بسبب الاستناد أجاب بقوله
(غاية الاخر) يعني أن حقهم
وإن استند إلى أول المرض
لكن الاستناد يظهر في حق
القائم يعني كفاي العقود
الموقوفة إذا لحقها الإجازة
وكثبتت الملك في الغصب
عند أداء الضمان فإن الملك
ينبت فيه ما استند إلى أول
العقد والغصب (وهذا) يعني
ما نحن فيه من الإجازة (قد
مضى وتلاش) حين وقع إذ
لم يصادف محله فلا يلحقها
الاستناد وقوله (ولان
الحقيقة) دليل آخر تقريره
حقيقة الملك للوارث تثبت
عند الموت لا قبل له وإنما
يثبت قبله مجرد حق الملك

(قال المصنف ولان الحقيقة ثبتت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق أنفا من قوله اذا الحق ثبت عند الموت الا أن

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا اقد مضى وتلاشى ولان الحقيقة ثبتت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق كلامه وبالجملة ما ذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقرر به لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك اداع الا يرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كونه قوله المذكور تعليلا لما ذكره بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركا كنهه وبعد عن شأن المصنف والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبيله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فينبغي تنظيم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا اقدم مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة زرد على هذا التقرير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي أن تصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كافي العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانهم اتصم اذا كان المعقود عليه قائما وكسبوت المالك في المغصوب عند أداء الضمان وهذا ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير بأشارت الاسلام في مبسوطه كالفصل في النماية وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لانسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى يمنع عن التصرف في الثلثين للماتات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض ~~لكن~~ الاستناد يظهر في حق القائم يعني كافي لعقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكسبوت المالك في الغصب عند أداء الضمان فان المالك ثبت فيه ما يستند الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا لحقتها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقرير السؤال لانسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى يمنع من التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا اقدم مضى وتلاشى فلم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فتم الجواب به مصادفة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة ثبتت عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق أنفاه من قوله اذا الحق ثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ وهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله ثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجمع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليله بعدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

(فلو استند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لا نقاب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفع الوهم من يقول حق الوارث يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت (٤٣٣ ع) ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الموت والاتصال لو انقلب الحق

حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين إما أن يبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة وإما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه برضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لارجوع فكذلك فيها ووجهه انه قد عرفت أن ثمة حقا وحقيقة وانما رضى يبطلان الحق لا يبطل لان الحقيقة لان الرضا يبطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر

(قال المصنف فلو استند من

فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة فيه والرضا يبطلان الحق لا يكون رضا يبطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث واجازة البقية فحكمه ما ذكرناه

الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا اذا الحق ثبت عند الموت هو الحق المجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقوله ثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لا نقاب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الوارث الى أول المرض من كل وجه لا نقاب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفع الوهم من يقول حق الوارث يتعلق بحال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لما منع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلب الحق حقيقة أصلا فضا لا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق مجرد تعلق حقهم بحال المورث من أول المرض في كلا الأمرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس بيدهم ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتمعا مالاك وابن أبي ليلى والزهرى والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكرنا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه قبل موت أبيه فإنه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين إما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الموت والاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فحين بين أمرين إما أن يبطل العفو عن الجرح نظرا الى عدم الحقيقة وإما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولمنعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فحين بين أمرين الحق مفترعا على ما قبله ليس بسديد أما أولا فلان قوله وإما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

كل وجهه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا يبطلان الحقيقة الخ كافي الكافي لكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلو استند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جرح أبيه) أقول أي جرح خطأ (قوله وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى وإما أن لا يصلح هذا العفو وتبديل مانع بقوله باطلا فاعلم فان لما في الكتاب وجهها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فحين بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال احدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز بأجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) ذكره تقريرنا على مسئلة القدوري وجه قول الشافعي رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بده فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض ولنا أن الموصي (ع ٣٤) صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالوصي

(وكل ما جاز بأجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والأجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتبة من إذا أجاز بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل

إذا لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وإن السبب لم يتحقق في صورة الإجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما ناسيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر في الكتاب ينعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فتحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر في الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء في الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جرح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما قبله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم إن بعض الفضلاء أورد على قوله لأن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بأن قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فتحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شيء من كلامه يستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه إلى أن يموت الجرح حتى يقال إن السبب هو الجرح المتصل بالموت بل إنما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح إلا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فإنه حالة انفعالية تكثر وتحدث إلى الموت فالقاتل منها هي التي تتصل بالموت فهي السبب للموت فافتقرا وأما قوله وإذ قال فتحن بين أمرين الخ فلا بد أن جاء التفرع تنافيا ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز بأجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي) عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث (الوارث) قال صاحب النهاية والعناية وجه قول الشافعي أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لأن الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد بده فإجازته تكون إخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم إلا بالقبض انتهى وهكذا ذكر في الكافي أيضا أقول قد قصر وافي تقرير وجه قول الشافعي في مسئلتنا هذه حيث قيد المال الذي صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلم أن لا يتمشي فيما إذا كان ما أحازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما في صورة إجازته لأوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فإن الحكم في تلك الصورة أيضا داخل في كسبة مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكرنا من الدليل للشافعي فيها كما ترى فالأولى في بيان وجه الشافعي هنا ما ذكر في معراج الدراية من أن الشارع أبطل لأوصية بما راد على الثلث والوارث والقاتل والأجازة لا يعمل في الباطل فتكون هبة مبتدأة لأنها تملك بلا عوض انتهى فإنه يعم السبب ثم إن الصحيح في هذه المسئلة قولنا لما ذكر في الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل أقول للقاتل أن يقول إن هذا الحديث مما يعارضه إطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين وعوم قوله صلى الله عليه وسلم إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة لكم في أعمالكم تضعونها

له يملك من الموصي وقوله (والأجازة رفع المانع) جواب عن جعل الإجازة إخراجا عن الملك يعني أن الإجازة ليست بسبب الخروج عن الملك وإنما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد له كونه هبة فكانه يقول لو كان هبة أكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتبة إذا أجاز بيع الرهن في كون السبب صدر من الراهن والملك للمستري يثبت من قبله فإجازة المرتبة رفع المانع وعورض بان الوارث أن أجاز الوصية في مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التملك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالإجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وإن لم يكن تملكيا كالعق والقاتلة تظهر فيما إذا أجاز في مشاع يحصل القسمة فإن الإجازة صحيحة وتصير ملكا للموصي له قبل التسليم ويخير الوارث على التسليم بعد ما عندنا ولو كان التملك من جهة الوارث انعكست هذه الأحكام ليكون الإجازة حينئذ هبة

قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشرة القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل (قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد له كونه هبة) أقول كيف يكون ردنا إذا الشافعي يقول بكون القبض من شرطه (قوله لا انعكست هذه الأحكام) أقول كما عند الشافعي

(ولأنه استعمل ما أخره الله فيحرم الوصية يحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخازن القياس عليه والمشاكلة بين المقدس والمقديس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهده كونه قياسا على طريقته باعتدال وسلوله طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقة لأنه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (إذا وصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل (٥٣٥) والحق عليه في الفصلين) يعني فيما إذا كان

القاتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلا لا يقصده بل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح إذا كان القتل بعد الوصية وأما إذا كان الجرح قبلها فلا يستعمل ثمة وأجيب بجعل الجرح مستهجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفاء أدها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر إلى وقت الموت كالمقتل مؤخر عن الوصية واعترض بنقض اجبالي بأن ما ذكرتم لوصح بجميع مقدماته لماعتق المدبر إذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرط العتقه وقد وجد ولكن يسمى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فبر من حيث المعنى بالحب السعاية (ولو أجازت الورثة

ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعندنا لا تبطل والحق عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها حيث شئتم أو قال حيث أحببتكم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وأن صلح أن يكون مخصصا للعموم ذلك الحديث الآخر فاعلم بما تصور ذلك عند ثبوت تأخر وروده هذا الحديث عن وروده ذلك الحديث وهو ليس بمأبوت قط فاذا لم يعلم القارئ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضوا بتساوق في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الأصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص وروى أنه قال ليس لقاتل شيء ذكر الشيء نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتمى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الوجود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى بخازن القياس عليه والمشاكلة بين المقدس والمقديس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شيء ولا الجواب أما الأول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقة على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في صورتين المتبروتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعل الاستحجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجري هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايضة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اذاعة سائر الورثة اياه وتركهم المغايضة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله إذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضالو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن

(٥٤ - تمكله ثامن) الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

(قال المصنف ولأنه استعمل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما نقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تريد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثالا (قوله وسأولك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخر عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولا ينهم لا يرضونها
للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى
كل ذي حق حقه ألا الوصية لوارث ولانه يتأذى البعض باضرار البعض في تجويزه قطيعة الرحم

للتحول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جنابة
عظيمة منه وهي القتل بغير حق فانه يستدعي العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن
الميراث والقاتل الموصى له يشاركه في هذا المعنى بخلافه فباس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث
والله أشار المصنف بقوله ولانه استعمل ما أخره الله تعالى يعني استعمله بارتكاب جنابة عظيمة فحرم
الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جنابة عظيمة
فيستدعي الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتمى ثم قال صاحب
العناية ولعل التفصي عن هذه كونه قياسا على طريقتهما على طريق الدلالة أسهل انتهى
أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذي كان الحكم لاجله في المنطوق متحققا
في الملحق بالدلالة بطريق الاولوية أو بالتساوي وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على
أصل أبي حنيفة ومحمد فان المعنى المقتضى لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر باجازه الورثة
أصلا وللهذا لا يرث القاتل سواء أجازته الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضى لحرمانه عن الوصية فانه
يتغير ويتكسر باجازه الورثة عند أبي حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما اذا أجازته الورثة كما
ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى في حق الميراث أقوى منه في حق الوصية عندهما فلم يوجد
شرط طريق الدلالة في شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون حرمان المصنف
بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهي ولا الاحتياط بطريق الدلالة بل كان مراده مجرد التنظير
والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلي بلا احتياج اليه فان استعمل
الناقل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعي حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن
الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذکور أصلا وتسقط الكلمات المتعلقة به بمجرد إفيرها كما لا يخفى
(قوله وله ما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما
هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الإطلاق اذ قد تدور فيما مر أن
الشرع لم يعتبر تعاقب حقهم بقدر الثلث وللهذا أجازت الوصية بهذا القدر للجانِب وان لم تجزها الورثة
وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع في قدر
الثلث أيضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان
مجرد نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع في الوصية لحقهم لا يقتضى كونه في الارث أيضا
لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضا باجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال في العناية فان قيل ما الفرق
بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صححت في الوصية دون الميراث أجيب بأن الاجازة تصرف من
العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة
الشرع لا يصنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظرا لان الكلام ههنا ليس في
نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والاخر من جهة الشرع بل
انما الكلام ههنا في أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه
عن الوصية وحرمانه عن الميراث في كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفي كونهما من جهة
العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فسامعني أن تعمل الاجازة التي هي تصرف من العبد

وله ما أن الامتناع لحق
الورثة) الى آخر ما ذكر في
الكتاب فان قيل ما الفرق
بينها وبين الميراث اذا أجازت
الورثة حيث صححت الوصية
دون الميراث أجيب بأن
الاجازة تصرف من العبد
فتعمل فيما كان من جهة
العبد والوصية من جهة العبد
فتعمل فيه بخلاف الميراث
فانه من جهة الشرع لا يصنع
للعبد فيه فلا يعمل فيه
تصرف العبد وقوله (ولا ينهم
لا يرضونها) أي الوصية
(للقاتل كما لا يرضونها
لاحدهم) أي لاحد الورثة
وفي الوصية لاحدهم ان
أجازها البقية نفذت فكذا
القاتل وقوله (ولا تجوز
لوارثته) أي لوارث الموصى
(لقوله عليه السلام ان الله
أعطى كل ذي حق حقه ألا
الوصية لوارث ولانه يتأذى
البعض الى آخر ما ذكر في
الكتاب

وقوله (بالحديث الذي رويناه) إشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر في فتاوى قاضخان ولوا أوصى لاختوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية ألا نالانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مسكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخت لام وبطلت للاخ لاب وأم لأنه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لأنه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللأخت لام لانهم ما يرثونه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء والمذكور أي يعتبر في الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر في النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على إطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد (٤٢٧) لمولاه فهذا الاقرار في المعنى حصل للمولى وهو أجنبي فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولوا أقر لاخته وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ما ذكره وأرى أن اطلاق المصنف يغني عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر في اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لانه محروم فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس محروم فيه كون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل

ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تليق بمضاف الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية) لانها وصية حكمها حتى تنفذ من الثالث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر بذلك وقت الاقرار

في ارتفاع أحدهم مادون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن تعمل الاجازة في رفع هذا المانع الذي كان من جهته وبصنعه (قوله ولانه حيف بالحديث الذي رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذي رويناه إشارة الى ما تقدم في كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده في العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف في كتاب الهبة ذكر حديث في حق من خصص بعض أولاده في العطية بل لم يتقدم منه شيء ذكر تلك المسئلة قط فكيف تنصور الحوالة عليه بها ههنا والصواب أن هذا المصنف هنا بقوله بالحديث الذي رويناه هو الإشارة الى ما ذكره في هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسره بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء وقال صاحب العناية أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء والمذكور كورود علمه التأويل الثاني بعض الفضلاء بان قال الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكورة فالاولى أو ما ذكر انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هي المذكورة بتاء التأنيث لا المذكورة أو كان الالف واللام في اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر في علم الادب أن الالف واللام في اسم الفاعل والمفعول عند غير المازني من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فينبغي أن يصير لفظ المذكور في معنى ما ذكر فيعود الضمير المستتر في اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذي هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث في لفظ ذلك الموصول فانه في اللفظ مفرد مذ كرمال

قوله بتأويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هي المذكورة بالهاء لا المذكورة فالاولى أو ما ذكر (قوله ثم بين ذلك في مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذي ليس عليه دين قال في الكافي في فصل في اعتبار حالة الوصية قبل باب العتق في المرض واذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البتة قائم وقت الاقرار فيورث تهمته الاشارة بصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كمن أقر لاخته وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليه مخالفته لما ذكره صاحب النهاية فتأمل (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس محروم) أقول فنه بحث فانه يقتضي أن لا تجوز الوصية للاخ والاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما الميمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

قال (ويجوز أن يوصى المسلم
للكافر) وصية المسلم للكافر
الذي وعكسها جائزة فأما
الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلواكم

في الدين الآية نفي النهي عن
البر اليهم والوصية لهم بالبر
فكانت غير منية وأما
الثاني فلما ذكره في الكتاب
وأما الوصية لأهل الحرب
ففي رواية الجامع الصغير
باطلة وقالوا في شروح الجامع
الصغير أنه ذكر في السير
الكبير ما يدل على جواز
الوصية لهم ووجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن
يفعل وإن فعل ثبت الملك
لهم لأنهم من أهل الملك
وأما وصية الحربى بعد
مادخل دار بأمان فإنها
جائزة لأنه ولاية تملك ماله
في حياته فكذلك بعد وفاته
خلا أنه لا فرق بين وصيته
بالثالث وبجميع ماله لأن
منع المسلم عما زاد على الثالث
لحق ورثته المسلمين لأنه
معصوم عن الإبطال وورثة
الحربى ليست كذلك

قال المصنف والثاني لأنهم
بعقد الذمة ساووا المسلمين
في المعاملات) أقول
لا اختصاص لهذا الدليل
بالثاني بل يعم الاول أيضا
(قوله) وإنما جعل هذا
التصديق أفضل) أقول
فيه بحث

قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والمسلم للكافر) فاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم
يقاتلواكم في الدين الآية والثاني لأنهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع
من الجانبين في حالة الحلية فكذلك بعد المعاملات (وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة) لقوله تعالى
انهاكم الله عن الذين قاتلواكم في الدين الآية

اليه فان المصنف ذكر ما ذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار في فصل اعتبار حالة الوصية من
باب الوصية بالثلث فيما سيأتى واعترف صاحب الغاية أيضا بانه الصدر الشهيد وغيره ذكره وما ذكره
المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فاقاله هناك ان أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو
من نفسه كما لا يخفى نعم ما ذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه
السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعز في كلمات الثقات ثم ان تاج
الشرعية بعد أن فسره قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله أي يعتبر كونه وارثا وغير وارث
وقت الاقرار لازمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت
ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا يصح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار يجب في الحال ولهذا
ملكه المقر له في الحال ويصح رده في الحال انتهى أقول فيه به بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا
لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه ما نص عليه الامام قاضيان في فتاواه في فصل
اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو اقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان اقر الاخ له
ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن
الاختلال في بعض مواضعها تركها وبيان اختلالها مخافة عن الاطباء الممثل (قوله قال
ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) قال في الكفاية أراد به الذي بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن
الوصية لأهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القدوري والتعليل
ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف
دليلا على ارادة القدوري بالكافر الذي دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد بأهل
الحرب في رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية للحربى هو
في دارهم باطلة كما ذكر في الكافي وغيره فمضى الحربى المستأمن خارجا عن مسألة الجامع الصغير فكيف
تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر في لفظ الكتاب هو الذي دون ما يعم الحربى
المستأمن وقد صرح في المحيط وغيره بأنه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المستأمن في ظاهر الرواية كما يجوز
أن يوصى للذي نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذي ذكره المصنف بالذي دليلا على جعل المصنف
مراد القدوري بالكافر على الذي وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدوري بذلك في نفسه هو الذي
وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التي تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على
جعل المصنف أيضا ياء على الذي فقط كما لا يخفى (قوله وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب
باطلة) قال شرح الجامع الصغير ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق
بين الروايتين أنه لا ينبغي أن يفعل وإن فعل جاز وثبت الملك لأنهم من أهل الملك انتهى واقفى أثرهم
صاحب الكافي وشرح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظه باطلة في عبارة الجامع الصغير مما
بأبي التوفيق المذكور جدا ان قد تقر عندهم أن الباطل من العقود لا يقيده الملك بخلاف الفاسد
منه فانه يقيده الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور في الجامع لفظه فاسدة بدل لفظه باطلة لكان
لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر
في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ما ذكر في السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكري السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للأسلم أن يوصى للحربي كما ذكر في الأصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة ثمة لأوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وأنه دأبل على بطلانها إلى هذا لفظ المحيط فتأمل ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التسويق المار الذكري في عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال أقول لا ينبغي بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن فإن الحربي مادام في دار الحرب بمن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك وهو الماراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لأوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو الماراد مما ذكر في السير الكبير (وقوله وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا ينبغي أن يبين وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به عليك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بغير الثلث أه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لأن بيان وقت القبول أن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به عليك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكأنه أراد أن يقول لا ينبغي أن يبين وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخطب في تحريره حيث عكس الأمر (وقوله ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الأجني وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصدقة لهم حبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجي والنصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فوجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها التحقق أصلها بغير الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لأن أو أن ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

للحربي حيث قال وفي شرح الطحاوي قالوا وذكري السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربي واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ما ذكر في الأصل وبين ما ذكر في السير الكبير فقال لا ينبغي للأسلم أن يوصى للحربي كما ذكر في الأصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر في السير الكبير ومنهم من قال في المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور في السير الكبير أن الوصية للحربي باطلة والصورة المذكورة ثمة لأوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا تجوز فإن خرج الحربي الموصى له إلى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شيء وإن أجازت الورثة لأن الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل إجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز في أصل المسئلة ونص على البطلان في الفرع وأنه دأبل على بطلانها إلى هذا لفظ المحيط فتأمل ثم إن صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التسويق المار الذكري في عامة الكتب وعزاه إلى الكافي والنهاية قال أقول لا ينبغي بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو في دارهم فإنه احتراز عن حربي ليس في دارهم وهو المستأمن فإن الحربي مادام في دار الحرب بمن يقاتلنا بخلاف المستأمن فإنه ليس كذلك وهو الماراد مما ذكر في السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فإن لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لأوصى مسلم للحربي والحربي في دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو الماراد مما ذكر في السير الكبير (وقوله وقبول الوصية بعد الموت فإن قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا ينبغي أن يبين وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به عليك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسألة استحباب الوصية بغير الثلث أه أقول خبط ذلك القائل في تحريره هذا خبط عشواء لأن بيان وقت القبول أن كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغي أن يقدم قوله فالموصى به عليك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لأن الذي ينبغي أن يقدم إنما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذي ينبغي عكس ما ذكره وذلك عين ما وقع في كلام المصنف فكأنه أراد أن يقول لا ينبغي أن يبين وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخطب في تحريره حيث عكس الأمر (وقوله ويستحب أن يوصى الإنسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن في التنقيص صلة القريب كذلك في التكميل صدقة على الأجني وفيما إذا كانت الورثة أغنياء كانت الصدقة لهم حبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجي والنصريح به في تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغي أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما إذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فوجه التعميم هنا والجواب أن في التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها وفي التكميل زيادة الصدقة لأصلها التحقق أصلها بغير الثلث بدون التكميل ففي اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أي بالكلية وليس في التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان في اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفي اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهي فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قارنا ان كانت الزرقة ففسراء ولا يستغنون بما يرون ذلك
أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح
ولان فيه رعاية حق الفقراء والقراية جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه
يكون صدقة على الاجنبي والتركة هبة من القريب والاولى أولى لانه يتبعى به اوجه الله تعالى

معا اول من المال بأحد هما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول
قد حرم فيهما من أن يباين الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الزرقة أغنياء أو فقراء ولا شك أن
المستحب هو الذي كان فعله أولى من تركه فبما معني التريده هنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم
تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الزرقة ففسراء الخ والجواب أن الاستحباب في قوله سابقا
ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث
أي مصب الافادة في ذلك الكلام قيده لانه نفسه فآل معناه الى أن التتقيص عن الثلث في الوصية مستحب
مطلقا وهذا انما يقتضي أن يكون التتقيص من الثلث في الوصية أولى من التكميل مطلقا وهذا قال
المصنف في تعليقه لان في التتقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافي أن يكون ترك
الوصية بالكلية أولى من التتقيص عن الثلث أيضا في بعض الصور فيبين المصنف ذلك بما قالوا ان
كانت الزرقة فقراء ولا يستغنون بما يرون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم
فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق أن يقال كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله
حكما ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل
الصدقة على ذي الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذي أولى كشمه وهو ما بين المصارعة الى الضلع
وقيل الكاشح هو الذي أضمر العداوة في كشمه وانما جعل هذا التصديق أفضل لان في التصديق
عليه مخالفة النفس وقهرها كذا في العناية وغيرها أقول فيه شيء وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على
أفضلية الصدقة على ذي الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب
فلا يتم التفسير وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفي بتمام المدعى ولذلك لم
يصدره باداة التعليل إلا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدي نفعا لان ذلك الحديث في مقام
التعليل ههنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدر به اوله هذا صدره صاحب الكافي بالآدم حيث قال
لنقله عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك
القصور وواصلح المقام فقال في شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من
الشكل الاول كبراه مطوية وهي وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها
مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على
أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم
يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم منها على غير ذي الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا تاما فاننا ان
أغضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذي رحم كاشح من الصدقة على ذي رحم
غير كاشح غنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذي الرحم على غير ذي
الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصديق على ذي الرحم تأسيروا في
أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأثيرا في اوله ولا يلزم منه أن يكون التصديق على ذي الرحم الغير الكاشح
أفضل من التصديق على غير ذي الرحم الكاشح لان في كل منهما انتفاء أحد سببي الأفضلية المستفادين من
الحديث الشريف فمن أين يعلم أفضلية أحد ههنا من الاخر تأمل تقف (قوله وان كانوا أغنياء
أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والتركة هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبي بكر وعمر
قالا لأن يوصى بالنفس أحب
اليمن أن يوصى بالربع
ولان يوصى بالربع أحب
اليمن أن يوصى بالثلث
والكاشح العدو الذي أولى
كشمه وهو ما بين المصارعة
الى الضلع وقيل الكاشح
الذي أضمر العداوة في
كشمه وانما جعل هذا التصديق
أفضل لان في التصديق عليه
مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال
النبي عليه الصلاة والسلام
أفضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح) أقول هذا
الحديث لا يفي بتمام المدعى
ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به تارك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئاً ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرد على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم يباع شيئاً من التركة ويوجد

(٤٣٣)

وقيل في هذا الوجه بخير لا شتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلوة فخير بين الخيرين قال (والموصى به تارك بالقبول) خلافاً للزفر وهو أحد قولي الشافعي هو بقول الوصية أخت الميراث أدكل منهما خلافاً لما أنه انتقل ثم الارتفاع ثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولما أن الوصية أثبات ملك جديد وله لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد أثبات الملك لغيره لا بقبوله أملاً الزرارة فلا رقة حتى يثبت فيها هذه الأحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول قال (الافى مسألة واحدة وهي أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحساناً والقياس أن تبطل الوصية لما يثبت أن الملك موقوف على القبول فصار كموث المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت عبثاً تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه ككافي البيع المشروط فيه الخيار لا تشتري إذا مات قبل الإجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع وأبدأ بالأهم فالأهم (الأن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي تصح إذا كان في وجوده الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يافع أو يافع وهو الذي رآه في الحلم ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزاني ولولم تنفذ يبق على غيره ولما أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله

بطريق الخلافه اثبت ولاية الردي الصورتين جميعاً كافي الزاير وقوله ولا يملك أحد أثبات الملك لغيره لا بقبوله (الافى مسألة واحدة وهي أن يموت الموصى ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحساناً والقياس أن تبطل الوصية لما يثبت أن الملك موقوف على القبول فصار كموث المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى قد تمت عبثاً تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما توقفت لحق الموصى له فإذا مات دخل في ملكه ككافي البيع المشروط فيه الخيار لا تشتري إذا مات قبل الإجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع وأبدأ بالأهم فالأهم (الأن يبرئه الغرماء) لأنه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته إليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي تصح إذا كان في وجوده الخير لأن عمر رضي الله عنه أجاز وصية يافع أو يافع وهو الذي رآه في الحلم ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزاني ولولم تنفذ يبق على غيره ولما أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولأن قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول لما منع أن يمنع كون الوصية صدقة على الأجنبي مطلقاً إذا أجنبي الموصى له قد يكون غنياً أيضاً فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الإطلاق فيما إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الأول أن يشتري المريض شيئاً ويوصى به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فإنه لا يرد على بائعه وصورة الثاني أن يوصى بجميع ماله لإنسان ثم يباع شيئاً من التركة ويوجد المشتري به عيباً لا يرد على الموصى له انتهى أقول في تصوير الثاني بما ذكره نظر لأن الموصى إذا باع شيئاً من الموصى به يصير أجمعاً عن وصيته كما سيجي تفصيله عن قريب في الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية المشتري ما اشتراه من الموصى على الموصى له بالعيب الرجوع الموصى عن وصية ما باعه من التركة ببيعته وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لالكون الوصية أثبات ملك جديد فلا يتم التفريق (قوله ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لأن الدين مقدم على الوصية لأنه أهم الحاجتين فإنه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بخو الحج والزكاة والكفارات فأنها واجبة على ماصرحوا به فالأولى في التعليل البسط بأن يقال لأنه حق العبد وأداءه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما إذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كاللحج والزكاة ونحوهما وأياً ما كان يقدم الدين عليها أمافي الشق الأول فظاهر لأن أداء الدين فرض والفرس مقدم على التبرع لا محالة وأمافي الشق الثاني فلأن الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى إذا اجتمعاً لاجتماع العبد دون الله

تنفذ يبق ماله على غيره فكان الوصية أولى

والأثر

(قوله ثم يباع شيئاً من التركة) أقول أي يباع الموصى (قوله لا يرد على الموصى له) أقول بعدم موت الموصى (قال المصنف فإنه فرض الوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الرضايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كما لا يخفى في

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) في بطلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ورد في أثر
فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز أمر الدفن واجب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى يافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله عنه وقوله (أنه أوصى لابنة عم له بمال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج به هذا لا ينافي مع من الشافعي لأنه مرسل لأنه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لأن المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا آلنا حتى الآية فأنهم اتدل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحزر (٣٣) الثواب) جواب عن قوله ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزاني وقوله (كأيناه) إشارة إلى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فإنه يفيد إما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن الاعتبار في النفع والضرر هو النظر إلى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأه معسرة شوهاء ويستزوج باختم الموسرة الحسنة ليكون ذلك من العوارض والوصية في الأصل تبرع والصبي ليس من أهله

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته كأيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا عليك ولا وصية وان كان يتفق نافع في بعض الأحوال وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الأدرال لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال إذا أدركت فقلت مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تمييزا وتعليقا كما في الطلاق والعناق تعالى كما عرف في محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعني كان بالغام بعض على بطلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشيء باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندى لأنه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال أنه كان أدرك لكن يسمى غلاما مجازا لأنه صرح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورد صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صرح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن واجب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى يافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله عنه وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولا فلأنه إذا كان لفظ يافع في الأثر المزبور مجازا عن مكان بالغام بعض على بطلوغه زمان كثير كان معنى يافع حقيقة غير مراد في ذلك الأثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله عنه الحق في لزوم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانيا فلأن قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا فان معنى أوصى له بمال ملكه إياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ما كان غيره كما لا يخفى نعم لو كان المروى في الأثر أنه أوصى إلى ابنة عم له بكلمة إلى بدل كلمة الام لم يلزم التناهي لأن معنى أوصى إليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروى في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق لأو بل المذكور محال (قوله وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته كأيناه) قال في العناية قوله يحزر الثواب جواب عن قوله ولأنه نظره بصرفه إلى نفسه في نيل الزاني وقوله كأيناه إشارة

(قوله ورد بأنه صرح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم)

(٥٥ - تكمله ثامن) قوله نقله عنه أقول الرد لا تنافي وفي شرح الوجيز للرافعي في وصية الصبي المميز وتديره قولان أرجحهما عند الاستاذ أبي منصور أنهم لا يحسمان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث فرفقت القضية إلى عمر فجاز وعنه عثمان أجاز وصية غلام ابن إحدى عشرة سنة ولأن الوصية لا تزول ملكه في الحال ونفقه الثواب بعد الموت فنصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الأظهر عندنا لا كثيرين وبه قال أبو حنيفة إنهم ما باطلان كهفته واعتاقه وذلك لأنه لا عبارة له ولهذا لا يصح بهه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله أنه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد بذلك لقليل إلى ابنة عم له (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا آلنا حتى الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك أورد المصنف بصيغة التريض (قوله كانه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليست أم

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا اعتقت فقلت مالي وصية يصح (لان أهلهم مأمومة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تحيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر انفا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الخنث في ملك المكاتب والمأذون من أعيان الجامع الكبير وما عرفت ثم هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أماسكه (ع ٣٤٤) فيما استقبل فهو حر فعتق فقلت لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عند مالك والهما ان

ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولا يبي خليفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمن الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسيحي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصى على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل (فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعدموته لأنه يملكه في الحال والاستخلاف

بخلاف العبد والمكاتب لان أهلهم مأمومة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندنا تصح رد الهاء الى مكاتب يقول كل مملوك أماسكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فقلت والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية ادعى أخته لأنه يريد بالرد لما فيه من معنى التملك الى قوله فالترك أولى لمافي من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فانه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لمافي فيه من الصدقة الى آخره أي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما انتهى عنده قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه اغنياء بشي في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزاني في صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فانه اذا افضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا في صورة ان كانوا أغنياء الاعلى القول الضعيف المذکور هذا البقي ل وهو التحيز بين الوصية وتر كها على القول المختار المذکور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالحمل لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل مافي العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا أفضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضلية في الوصية على القول المختار أو الوصية وتر كها سميان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه نظره بصرفه الى نفسه في نيل الزاني ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحزر الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بالاثبت بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتر كها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا تيسر احراز الثواب بتر كها فتحقق الحاجة الى ذكر التساوي ليمت الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا أو ورد بعض الفضلاء على مافي العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التبريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لمافي بطن فلانة وبالحمل كما اذا أوصى بمافي بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أن موجود في البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي

مخلاف

يصلح له الجنين ارنافكذا وصية لانهم أختان فان قيل لو كانتا أختين لما جاز زدها كالم يجز زده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايصاء (يرتد بالرد لما فيه من التملك) دون الميراث لعدم ذلك فيه (قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى يحكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصى ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضا

بمخلاف الهبة لانها تغليب محض ولا ولاية لاحد عليه ليملك شيئا

وصحة الاستيعاب في شرح الكافي واختاره المصنف أو من وقت موت الموصي باجاءته لا قبل من ستة أشهر من وقت موته على ما ذكره الفقيه أبو الليث في باب الوصايا والامام الاستيعابي في شرح الطحاوي واختاره صاحب النهاية هذا زيادة ما في العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف في أنه هل يكفي في صحة الوصية وجود الموصي له وبه وقت موت الموصي أو لا بد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق من استجنا على أن الشرط لصحة وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا لانها تغليب بعد الموت فلا بد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسجي أيضا أنه لو قال أوصيت بثلاث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلاث مترك وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلاث للذين حدثوا من بنيهم فتمين أن منشأ الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة اعتبرها الطحاوي ولم ينتبه لها غيره وهي أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لمالى بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقيق في بطنها في هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحة وجودهما وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع في المحيط والذخيرة فصل على هذه لبيان أن المعتبر لصحة الايجاب في الوصايا وجود الموصي به يوم موت الموصي أو وجوده يوم الوصية وذكره في هذا الفصل أن الموصي به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لا يملكه ثم ملكه يوما من الدهر لا تصح الوصية واذا كان العين الموصى به في ملك الموصي يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصي به غير معين وهو شائع في بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم الوصية وتعلق الوصية به فالوقال أوصيت لك بثلاث غنمى أو بشاة من غنمى وليس في ملكه غنم يوم الوصية لا تصح الوصية حتى لو وجدت للموصى أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لا يكون للموصى له من الأغنام الحادثة شئ ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصي به يوم موت الموصي فاذا أوصى لرجل بثلاث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لا تبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الايجاب في أكثر أقسام الوصايا وجود الموصي به وقت الوصية لا وقت الموت فلما معنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحة وجودهما أى وجود الموصي له وبه وقت الموت فقط لا وقت الوصية أيضا وقوله في تعليل ذلك لانها تغليب بعد الموت فلا بد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب ليس بتمام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على ما صرح من قبل وقوله بدليل ما ذكره الامام قاضيان وسجي أيضا أنه لو قال أوصيت لفلان بثلاث مالى وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصي له ثلاث مترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما هو الحال في قوله أوصيت بثلاث مالى لفلان لا فيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره في شرح تلك المسئلة التى ستجيء

وقوله (بمخلاف الهبة)
متصل بقوله وتجاوز الوصية
للمملوع يعنى أن الهبة للمملوع
لا تصح (لانها تغليب محض)
والجنسين ليس بصالح لذلك
لان الملك بالهبة انما يثبت
بالقبض (ولا قدرة لاحد عليه
ليملكه شيئا) يحصل الملك
فيه بالقبض

في الكتاب هذا اذا كان الموصي به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال وأما اذا كان معيناً في نوع من المال فالمحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلنا عن المحيط والذخيرة من التفصيل فيما مر آنفاً وقوله وبديل ما ذكره صاحب المحيط نقلاً عن الاصل أنه اذا أوصى بثلاث ماله لبني فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصي كان الثلث للذين حدثوا من بنيهم ليس بنام لأن ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب في غير ظاهر الرواية أيضاً كذلك سماعنا الطحاوي في أن ثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى وقوله فتبين أن منتهى الاختلاف ليس بذلك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه لها غيره وهو أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لماسي بطنم أبكذا كونه موجوداً في بطنم وقتئذ لا يكاد يصح أن لا نسلم جداً أن المفهوم عرفاً ولغة اذا قيل أوصيت لماسي بطنم أبكذا كونه موجوداً وقتئذ بل يكفي كونه موجوداً وقت موت الموصي لشموت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء سماع أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفاً ولغة ولا ينبغي أن ينسب إلى أحد منهم الغفلة عن شيء من اللغة والعرف فضلاً عن الغفلة عنهم ماعداً وقوله لأن المعنى لما ثبت وتحقق في بطنم في هذا الوقت تحكم بحكم بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون ثمرته في وقت الوصية أدي في وقت الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وإنما المعين له شيء آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه صاحب البدائع بأن قال وجهه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت انتهى ثم إن ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطراباً بالآية دل أوله على أن اعتبار المدة من وقت الوصية فيها ما أي في الموصي له وبه وأخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول إن صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلأنه تجرى فيه الورثة فجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا وجوده يوم الموت متى جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدراً في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية إلى تأويل كلام المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بإيراد آخر كلامه مخالفاً لآوله هو الإشارة إلى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد خفي على ذلك البعض كل من ذنب الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم إنه أخطأ في قوله وأخره دل على أنه من وقت الموت إذا كانت الوصية للحمل فإن الذي في آخره إنما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل لأنه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل ثم إن الزبلي قال في شرح الكنز كوفي الكافي ما يدل على أنه أن أوصى له بغيره من وقت الوصية وإن أوصى به بغيره من وقت الموت انتهى أقول ليس ذلك أيضاً سديداً لان عبارة الكافي في أول الكلام هكذا وتجاوز الوصية للحمل وبالحمل إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من وقت الوصية إن لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريباً منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل وبالحمل فن أن يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما إذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب

(وأما الثاني) وهو الوصية به (فلانه) أي (الحل بعرضية الوجود اذ الكلام) فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لافل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجود وقت الوصية لاحتمال لقائل أن يقول في كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شيء إلا بعد أن يكون موجودا وإذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه في بطن الام فاندفع التناقض وقوله (وبابها أوسع حاجة الخ) وان الخلف في ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بحتم في غير الموجود فالجواب ستمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعني من قال أوصيت بهذه الجارية فلان الاجلها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناءه من الجارية كتمصها وسراويلها مما يتلبس به اوفيه اشارة الى ما يقال الحل جز من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يحجز فكذلك الحل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما (٤٣٧) فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا فان الوصية في الاف صححة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لان سلم أن اسم الجارية لا يتناول الحل فانه لو لم يستثن استحققه الموصي له ولو لم يتناوله لما استحققه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعني انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصي عن قيد

وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع حاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلا أن تصح في الموجود أولى قال (ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحل بالوصية لجواز استثناءه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناءه منه اذا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه منه وقد مر في البيوع

التي في آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالحل وبه تترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والخلص ما بينهما أنهما من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية في شرح هذا الحل وأما الثاني وهو الوصية به فلانه أي الحل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لافل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لاحتمال لقائل أن يقول في زيادة قوله أو الموت في قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للشروح تقتضي أن لا يصح قوله وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لاحتمال اذ على تقدير أن وضعت لافل من ستة أشهر من وقت موت الموصي لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضى بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية الاجلها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الاجلها ففسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هناك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناءه من ذلك العقد

الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية به مفردة وقوله (ولانه يصح) قد ذكره في البيوع

(قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لافل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لاحتمال) أقول فيه بحث فانها اذا وضعت لافل من ستة أشهر من موت الموصي لا يعلم وجود الحل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو يزيد فليتأمل (قوله والجواب ستمعه) أقول في آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعلوم (قوله ولا هو داخل في الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناول اسم الجارية صح استثناءه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر مما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناءه يعني لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولهما) أقول ان أراد مقصودا فلا يس كذلك وان أراد تبعا فالحل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناول اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الختام والنخل من البستان فليتأمل في الفرق

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) (٤٣٨) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لأن تمامها

بموت الموصي والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت والایجاب المفرد يجوز إبطاله في المعاوضات كإبيع في التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به فلان وقد يكون دلالة له أنواع ذكر المصنف إياها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان يحدد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد) أعلم أن محمدا ذكر في الجامع أن رجوع الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع في مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجود في غيبة الموصي له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لأن الجود انما يلتفت إليه اذا صح الانكار والانسكار على الغائب لا يصح لأنه من باب المعارضة المقضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجود بخبر الموصي له وهو رجوع في الروايات كلها الصحة لانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجود لا على الجود الحقيقي فإنه قال فيه اذا أوصى الرجل لرجل بثلاث ماله ثم قال لقوم

قال (ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية) لأنه تبرع لم يتم فجاء الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول يتوقف على الموت والایجاب يصح إبطاله قبل القبول كإبيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانهم اتعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عدنا هذه الافعال في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصي به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يملكه باليمن والدار ينمي فيه الموصي والقطن يحشوه وبالطانة يبطن بها والظاهرة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تخصيص الدار الموصي بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصي به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصي بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصي به لا يكون رجوعا لان من أراد أن يعطى ثوبه غيره بغسله عادة فكان تقريره قال (وان يحدد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

والجمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناءه منه كما صرح في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الجمل بالوصية يصح فكذا استثناءه منها كما سيأتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلامعنى الخلط ثم ان صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الجمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناءه من الجارية كقبيصة هوسر او بلها بما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الجمل افظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناءه من الجارية وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الجمل في مسئلة نأخذها لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثناءه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الانحراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المانع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار بالاستثناء ما لا يدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجازية كما عرفت في محله سيما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الآن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقرير وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الجمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد والرجل لم يجز فكذلك الجمل وذلك لان اسم الجارية يتناولها ما انتهى واعتراض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولها ما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا للجمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولها مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أوصيت

الجامع) أقول يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ وقال

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفى في الحال والجحود نفى في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

اشهدوا اني لم أوص لفلان
لا بقليل ولا بكثير لا يكون عذا
رجوعا لان قوله اشهدوا
اني لم أوص لفلان طلب
شهادة الزور منهم فيكون
معناه قد أوصيت لفلان
بكذا الا اني سألتكم أن
تشهدوا لي بالبطل رطلب
شهادة بالبطل لا يكون
رجوعا لانه ليس بشيء يعود
حقيقة وما ذكره في المبسوط
على الجحود الحقيقة في وه
رجوع على الروايات كلها
ومنها من قال المذكور في
الجامع جواب القياس
والمذكور في المبسوط جواب
الاستحسان ومنها من قال
في المسئلة روايتان قال شيخ
الاسلام وهو الأصح ومنها
من قال المذكور في الجامع
قول محمد والمذكور في المبسوط
قول أبي يوسف قال شمس
الأمّة السرخسي هو الأصح
لان المعلى قال في نوادره قال
سألت أبا يوسف عن رجل
أوصى لرجل بوصية ثم حذ
قال يكون رجوعا وسألت
محمد ا قال لا يكون الجحود
رجوعا وهو مختار المصنف
واستدل لابي يوسف بان
الرجوع نفى في الحال والجحود
نفى في الماضي والحال واذا
كان نفى الحال وحده رجوعا
فنفى الماضي والحال أولى
أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها جميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايضاء الجارية بدون يدها أو رجلاها
أو نحو ذلك لا متناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية له عدم انفكاكها عن اختلاف الحال فانه ليس
يبرز منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصالها بها كما صرح به المصنف في
اليوم ويمكن انفكاكها عنه بوضعها الياء فجاز أن لا يكون مقصودا عند اتصالها بها كما لا يخفى ثم قال
صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناول اللفظ فالجواب أن
صحته باعتبار تقرير مالك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كالموصي له أو وصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان
الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملك في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى
منه فانه لم يكن داخلًا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله
اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعًا لايصح استثناءه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار
تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا الاستثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والتخله من البستان فليتنامل في
انثراق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت بشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار
أنه لو قال هذه الدار لفلان البناء فانه في الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الخط والبناء
يدخل تبعًا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصًا لا تبعًا فلم يحكموا بطلان الاستثناء هناك ولم
يصحوه باعتبار تقرير الملك كما صحوا به هنا قلت انما لم يصحوا ذلك لاستمراره ابطال حق ثبت بالاقرار
ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غاية أنه لا يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق
التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسئلة المذكور في
كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء
فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بعبادة البناء اذ قد تقرر في مباحث
الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم
فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله هذه الدار لفلان البناء على تقدير أن يصح الاستثناء غير
بناء هذه الدار لفلان وبهذا يدفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر
أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى جعل
الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك
لما احتج الى شيء من التعليمين المذكورين في الكتاب لمستلزمنا هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام
ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية سبجي عتفاصليها وتعارفها بعيد هذه المسئلة (قوله
وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفى في الحال والجحود نفى في الماضي والحال فأولى أن يكون
رجوعا) قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والاقالة نفى في الرجوع عنها بمعنى فسختها ورفعها
وفي الجحود بمعنى سلمها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان جحود
الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان بمعنى بل المراد أنهم ما متحدان حكما وهو ابطال
الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركه الموصى فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى
سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبني استدلالة المذكور على الثاني دون
الأول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير ورودها انما يؤل الى ما ذكره المصنف في

وقوله (ولو قال كل وصية

أوصيت بها) واضح وقوله (لان اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لانه لم يذكر بينهم ما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعيث الغيرة وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان أجازوا جازوا الافلا

(ولو قال كل وصية أوصيت بها فلان فهو حرام وورثا لا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه اذا ذهب المتلاشي (ولو قال آخرتها لا يكون رجوعا) لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به فلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الاخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها الثانية ولم يتحقق فبقي الاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهي للورثة) لبطان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلاث المال

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن

أوصى لرجل بثلاث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ثم أوصى لآخر ايضا بذلك فالورثة اما أن يميزوهما أولا فان أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يميزوا فالثلث بينهما نصفان اذا ليزاد على الثلث حصة دوليس أحدهما أولى به من الآخر فتساوى في سبب الاستحقاق والتساوى فيه يوجب التساوى في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعا وقوله (وان أوصى لأحدهما بالثلث وللاخر بالسدس) واضح

قال (ومن أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيّق الثلث عن حقه ما اذا ليزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساوى في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لأحدهما بالثلث وللاخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا) لان كل واحد منهما ما يدي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيقهما فيقتسمانه على قدر حقيقهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهمهما والاكثر سهمين فصارت لثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لأحدهما بجميع ماله ولا آخر بثلاث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما) وقال أبو حنيفة الثلث بينهما ما نصه

والحال وبينهما ثلثان والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الرجوع حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الانعاء والجواب عن الاول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والرجوع بالتلفظ الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى أقول بردي على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الرجوع في الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز المتضادين ما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الرجوع في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكا في معنى خاص وهو كونهم ثنائيين في الحال وان كان الرجوع نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رحمه الله وجهه أن الرجوع كذب حقيقة الا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الانعاء بدرا لا مكان وأمكن جعله على الفسخ لان الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد أحد المتعاقدين لان هناك تعذر جله على الفسخ لان أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو جحد أحدنا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم أتزوجك لان هناك أيضا تعذر جله على الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق اذا مشابهة بينهما لان الرجوع ينفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى تبصر

باب الوصية بثلاث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيئاً بصورة المحابة
عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما للفان بمائة والاخر لفان بمائة فإنه حصلت
المحابة لأحدهما بألف والاخر بمئتي مائة والكل وصية لأنه في حال المرض فإن لم يكن له غيره لم يجز الورثة جازت المحابة بقدر الثلث
فيكون بينهما الثلث لا يضرب الموصى له بألف بحسب وصيته وعي الألف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمس مائة فلو كان
هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بألف في أكثر من خمس مائة وصورة السعاية أن يوصى بعق
عبد من قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيره ما ان اجازت الورثة عتقاً جاعاً وان لم يجزوا عتقاً من الثلث وثلث ماله
ألف فاذل فبينهما على قدر وصيتهما مائتا ألف الذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث الذي قيمته ألف ويسعى في الباقي وصورة
الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصى لرجل بألفين والاخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فإنه يكون بينهما مائتا درهما
كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٣) لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من

الثلث ولا كذلك فيما اذا
أوصى لرجل بثلث ماله
ولا آخر بنصف ماله أو
بجميع ماله لان اللفظ في
مخرجه لم يصح لان ماله لو
كثر أو خرج له مال آخر
يدخل فيه تلك الوصية ولا
يخرج من الثلث (لأنه في
الاخلافية) وهي ما اذا أوصى
لأحدهما بجميع ماله
ولا آخر بثلثه (ان الموصى
قصد شيئين الاستحقاق)
على الورثة فيما زاد على
الثلث وتفضيل بعض
أهل الوصايا على بعض
(وقد امتنع الاستحقاق لحق
الورثة ولا مانع من التفضيل
فيثبت كما في المحابة
والسعاية والدراهم المرسلة
ولا في حنيفة أن الوصية

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحابة والسعاية والدراهم المرسلة) له في
الاخلافية أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من
التفضيل فيثبت كما في المحابة واختيارها وله أن الوصية وقعت بغير المشرع عند عدم الاجازة من
الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلها والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل بطلانه كالمحابة
الناطقة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في
المسألة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى
بعض من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث
تعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف
ما اذا أوصى بعض من تركته وقيمته تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل
الثلاث المجمع عليها وبين الاخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعدد بعينه
لإنسان قيمته ألف وبعد آخر بعينه لأنسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور
نابت فيه أي ما مع انه يتصور هناك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة
لا احتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية
في تصوير صورة النقض هما بان كان عبداً أوصى به لرجل بثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد
ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث
المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذلك
هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له
بدون اجازة الورثة واد زاد مال الميت جدد الان العبد يكون زائداً على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا

وقعت بغير المشرع وخاصة أنه التفضيل انما يثبت بناء على
الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحابة النابتة في ضمن البيع) تبطل بطلان البيع وهذا لان الزيادة لما
بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساوى ان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعني المحابة وأختها وهو واضح وقوله
(وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعض من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج
من الثلث) يعني بأن كان عبداً أوصى به لرجل بثلث ماله لا آخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان
احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهماً) أقول المراد بالضرب المصطلح بين الحساب وتنصيبه في شرح الوقاية لصدر
الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأنهما ذات أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة
(قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله (لان هناك الحق تعلق بعين التركة) يعني ان رضى له تعلق بعين التركة وله هذا الوكيلك العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا تعلق بعين التركة فيما راد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقيقتين بخلاف الاف المرسلة وله هذا الوكيلك ينفذ فيما يستفاد فلم يمتنع ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه فان (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحته (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أولم يكن (لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظر الى حال الوصية فان المال كله في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللا لك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (٤٣٤) (وجوابه ما قلنا) وهو قوله لان الاول وصية بمال الغير (قوله

لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الاف المرسلة لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول أيضا فينظر الى الحال والمحل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الا أن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا يزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضى الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما يروى

يصح تنفيذ ما زاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للسائل الثالث المجموع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفذ الوصية في جميع ما سماه لهم في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض للفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الاف المرسلة لو هلك التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهو انما ينتقض بالحجاية فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان الحجاية متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالحجاية لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسلة اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزداد عليه ولا ينقص منه فان قيل أخس الانصباء اقله والثلث أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما الاثر فمأثور عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضوع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شيء وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير

قال في الكافي فعلى رواية الأصل يجوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما مالا لا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما (وقاله مثل نصيب أحد الورثة ولا يزداد على الثلث الا أن يجيز الورثة) ومفزعهما العرف (فان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد) أى الاقل (على الثلث فيرد عليه لانه لا يزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ما ذكرناه آنفا في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول اياس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافي (قوله وقوله ولا يزداد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المراد في الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا حينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

وفي بعضها فيعطى الأقل
منهما وفسر الاولى بعض
الشارحين فقال يعنى
ان كان أخس سهام
الورثة أقل من السدس
يعطى السدس لما ذكرنا
أن السهم عبارة عن السدس
وان كان أخس السهام
أكثر منه يعطى ذلك لان
السهم يذكروا يراد به
سهم من سهام الورثة عملا
بالدليلين فان كان مراده
بقوله ذلك أخس السهام
وان كان أكثر من السدس
فليس ذلك بدليل لما ذكر
في الكتاب فان فيه الزيادة
على السدس وقد قال في
الكتاب ولا يزداد عليه وان
كان مراده السدس فحاش
عمل بالدليلين وأما الثانية
وهو قوله فيعطى الأقل
منه ما يؤدى الى نقصان
عن السدس وفي الكتاب
الأنينة قص عن السدس
فيم له السدس

(قوله وقد قال في الكتاب
ولا يزداد عليه) أقول
فيه بحث اذ ليس المراد
نفي الزيادة مطلقا بل على
تقدير كون أخس السهام
ناقصا من السدس فيصلى
ذلك دليلا لما في الكتاب
نعم يرد عليه أن العمل
بالدليلين يوجد اذا أعطى
السدس اذا كان أخس
السهام أكثر وأعطى ذلك

ولانه يذكروا يراد به السدس فان اياها قال السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكروا يراد به سهم من
سهام الورثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمنزلة هذا التركيب المعضل المشوش وجهه وحل يليق هذا بنصب
المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزداد عليه في هذه الصورة المستثناة في الكتاب وهي ما اذا كان
أخس السهام أنقص من السدس لموافق رواية الجامع الصغير على هذا يكون ما في الكتاب ساكتا عن
بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف
رحمه الله في تعليل قول أبي حنيفة في هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون
المال موصى له في هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه
أو زائدا عليه فلا مجال لأن يكون ما في الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل
المذكور فان في رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور
ينافي ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصاء أقله والن أقل من السدس فكيف جعله
يعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره في الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب من منظور
فيه لان ما ذكر في الكتاب انما يستدعى جعل السهم يعنى السدس لاجل أخس الانصاء الذى هو
أقلها يعنى السدس وكلام السائل في الثاني دون الاول كما ترى والحق في الجواب ما يفهم مما ذكر
في النامية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصاء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما
الثلث فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجة وما يكون عارضا في حراجه ما هو أصل كالمعدوم
فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن
عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف
رواية المبسوط والجامع الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل يجوز أبو حنيفة النقصان عن السدس
ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان
عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له
السدس ليس في رواية المبسوط وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية
غيرهما واما انه جمع بينهما ما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح
في الكافي بأن أبو حنيفة يجوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس
وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب
العناية ما في الكافي على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور في صدر
المسئلة ان أبو حنيفة رجه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية
منافية لكل واحدة من روايتي المبسوط والجامع الصغير لا تتحمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله
واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزداد عليه ليس في رواية الجامع الصغير
حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذ انقص أخس السهام عن السدس
لا مطلقا خيفة من يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا بتقييم فان التعليل
الذى ذكره المصنف من قبل أبي حنيفة رجه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى
لا محالة أن يكون المراد في الكتاب نفي الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد نفي
النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لأن يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد
به رواية الاصل وقد كنت نهيت عليه فيما صرنا (قوله ولا يذكروا يراد به السدس الخ) قال

وأيضاً قوله (ما ذكرنا) أن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول أبياس وإن أراد به الأقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل منها ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وإن كان غير ذلك فأنه أعلم به وجهه المقلد موعه وصورة المسئلة ما إذا أوصت المرأة بسهم من ماله مات مانت وتركت زوجاً وبناتاً على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أى مثل الربع فيعطى الخمس فجعل المسئلة

على قوله على ستة حاجتنا الى السدس للموصى له سهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة فيخرج الكسرو وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للزوجة وعلى قولهما على خمسة يزداد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهماً والزوج سهماً وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللمت وإنما كان كذلك لأن الموصى أوصى على نصيب الزوج ومثل الشيء غيره فيزداد مثل الربع على الأربعة ليكون المزداد مثلاً للربع وأما على رواية الأصل فتخرج به كتحريجهما

ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزم

صاحب العناية قوله ولأنه يذكرو ويراد به السدس الخ مشكل لأنه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ما ذكرنا وفي بعضها فيعطى الأقل منهما وقسم الأولى بعض الشارحين فقال يعنى أن كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وإن كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لأن السهم يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة عملاً بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وإن كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه وإن كان مراده السدس فما عملاً بالدليلين اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزداد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقاً بل على تقدير كون أخس السهام ناقصاً عن السدس فيصالح ذلك دليله لما في الكتاب اهـ (أقول) قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضى كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقاً لا يصلح ما ذكر بعض الشارحين دليله عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما فتؤدى الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضاً قوله ما ذكرنا أن أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لأنه يتم بقول أبياس وإن أراد به الأقل منهم ما عدا الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اهـ وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعنيه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتأمل اهـ (أقول) ليس هذا بشئ لأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ما ذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضاً أثر ابن مسعود في لزوم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل منهم ليكون معنى النسختين واحداً وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ما ذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيهاً بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الآن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزداد عليه ليس رواية واحدة وإنما هو مركب من روايتين اهـ

وعلى هذا أقس أمثاله وأخرجهما على الروايتين وقوله (قالوا) أى مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزم)

(قوله وأيضاً قوله ما ذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكرو ويراد به السدس ويذكرو ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعنيه بأثر ابن مسعود فليتأمل (قوله وأرى أن المراد بقوله ما ذكرناه هو الأقل) أقول كيف يراد ما ذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعيين السدس فلا يستقيم التفرع في قوله فيعطى وأرى أن ذلك ليس إشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير ولا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على ما نقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الأصل فتخرج به الخ) أقول فيه نظير بل على رواية الجامع الصغير يخرج به كتحريجهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة قبله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لأن السدس ذكر معرفاً بالاضافة الى المال

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جداً لا ينبغي أن يريده العاقل فضلاً عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ما ذكرنا مذكوراً بصداقاً مائة الدليل على ما قدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الإشارة فى الدليل الى ما يخالف المدعى ويتناقضه ثم ان كون المذكور فى الكتاب مراً كبا من روايتى المبسوط والجامع الصغير مما لا مجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مراً كب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم) لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحداً لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فبات مجهولاً يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغي أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ما ذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصي فقبل موته لا يجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولا يمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لم يثبت اهـ (أقول) ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفي الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه فيجوز الفرق بين ما نحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لا يضر بجهة القياس المتفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضر بها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بتحقيق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصي الذين يقومون مقام الموصي احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغي أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضاً اذا مات مجهولاً احياء لم يثبت بالاقرار فقول ذلك البعض فاذا فات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلاً فليس يصحح اذا شئت انه لا تسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان أراد به انه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان يبق أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لا نسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقي حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولاً محتاجاً الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزاً عن البيان بعدم موته كان ينبغي ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل توقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أوفى مجلس آخره ثلث مالى وأجازت الورثة قبله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لان الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفاً وعند الاحتمال لا يثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخل فى الثلث جلالاً لكلامه على المتيقن هذا زيادة مافى الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى محل للكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملاً للعنيين وكان القدر الثابت به يبين على الاحتمالين الثلث قلنا ما ثبت

ولو أوصى بجزء من ماله قبل للورثة أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان (ولو أوصى بجزء من ماله أوبطائة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله) وأجازت الورثة قبله ثلث المال (فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والى ما سبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث أنه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخل فى الثلث لأنه متيقن وجلالاً لكلامه على ما علكه وهو الايصاء بالثلث

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثاني عين الاول) قدقر رناه في التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه) ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه (فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهم ما) أى من الهالك والباقي (مشارك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي منه عليها أو صار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم في الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد في فرد واحد يجري فيه الجبر على القسمة) مع ما فيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي تنديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتابع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شئ منه أن يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذي هو تبع لارأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلاث الدراهم كالوصية بالدراهم الواحد ولو أوصى بدراهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهما وبقي دراهم وهو يخرج من الثلث كان له الدراهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة) (٤٤٧) جواب عن قول زفر كما اذا كانت

التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن وأنه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقي فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهى فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشترك بين الورثة والموصى له اثلاثا فهاهنا هلك على الشركة وما سبق بقي عليها اثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلاث ثيابه وأما اذا أوصى بثلاث ثلثة من رقيقه من جنس واحد

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثاني عين الاول وهو المعهود في اللغة قال (ومن أوصى بثلاث دراهمه أو بثلاث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي) وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهم ما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها أو صار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة ولنا أن في الجنس الواحد يمكن جميع حق أحدهم في الواحد وله اذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذلك تنديما قال (ولو أوصى بثلاث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو عزله الدراهم وكذلك المكمل والموزون بمنزلة ما لا يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلاث ثلثة من رقيقه فمات اثنين لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضي أن يجتمع ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للغة المذكور

به من الوصية هو الثلث لكن لا بطريق حله على أحد محتمله كما زعموا بل يجعله عزله أن يقال بدأ ثلث مالى وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لا بأوله الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذ لا شك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضى ثبوت الثلث بل لا ريب وانضمام الاحتمال الثاني اليه انما يفيده جواز ارادة النصف

أو بثلث ثلثة من الدور وليس له الا ثلث الباقي لكثرة التفاوت هكذا أجاب محمد في الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلاف المشايخ (فقبل هذا قول أبى حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة) فيها ما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقي والدار الباقية لان للقاضي أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عسده باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام خفر الاسلام رقيب المذكور في الجامع قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي القسمة بل يجوز له (أن يجتمع ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهاد القاضي وجمعه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هنالك فعل من القاضي فكان المال على الشركة ما بقي وما ذلك (والاول) وهو أن يكون في المسئلة اختلاف (أشبه للغة المذكور) وهو أن أبى حنيفة لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه لا يوجب لها أجناسا مختلفة وهما يران ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا

(قوله لان كل واحد منهما ما أى من الهالك والباقي) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعي الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ما توى الخ قال العلامة الاتقي في وجهه قول زفر ان الموصى له المال مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة واذا بقي بقي على الشركة فكذلك هلك الذي هلك أثلاثا والذي بقي بقي أثلاثا وبقول زفر نأخذ وهو القياس انتهى وفيه فوائد لا تحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعلى ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين زدين فان خرج الالف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقد القادف منه اليه ثلثه (وكما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث) والاصل في المال المشترك ان يوفي حق كل من الشريكة بالبخس ولا يبخس في حق احد بتخصيص الموصى له بالعين (٤٤٨) في الاول فيصار اليه وفي الثانية يبخس في حق الورثة بتخصيص الموصى له بألفين (لان العين

فضلا على الدين) على ما ذكر في الكتاب فكان فيه ما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحنث بدونه على الناس سلمناه ولكن لان الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشيء معين وهو يخرج من الثلث فهناك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكه لوجب على الوارث حصص الموصى له في باقي من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا في الحال أو في المال لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثاني بانه شريك الوارث اذا كانت في غير معين وأما في المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله) واضح وان دفع بقوله (فلا يرأحم الحى) ما اذا أوصى لزيد وعمر ووهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين زدين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين يبخس في حق الورثة لان العين فضل عن الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فأنما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمر وميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يرأحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجداد ولا تأثير له في ثبوت الثلث لثبوت بدونه ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا ما زاده ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كل الواجب أن يكون له نصف المال والاصل ببقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل في الثلث من حيث انه يحتمل انه أراد بالثنية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد به الإيجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخل في الثلث لانه متيقن وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الإيفاء بالثلث اه (أقول) في قوله وجلال الكلامه على ما يملكه وهو الإيفاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الإيفاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فمات الثلث الإيفاء بما ذكره على الثلث أيضا ويملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا كما هو في أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه المسألة تدبر (قوله لانه أمكن إيفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار اليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له في العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع في العين والدين معا كما صرح حوايه وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسله تذكر شائعة في كل المال لكون الموصى له اذ كان شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كمال في صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين واذا كان حق الموصى له شائعا في جميع التركة الذى هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين في صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخس في حق الورثة كما في الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين وبأخذ الورثة بعض حقه من العين وبعض حقه من الدين وهذا يبخس في حقهم لا محالة منافي لما يقتضيه حق الشريكة من تعديل النظر للجانبين فليست أمثل في الدفع ولعله تكسب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمر وثلث ماله فاذا عمر وميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يرأحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجداد قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وان دفع بقوله فلا يرأحم الحى ما اذا أوصى لزيد وعمر ووهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث اه (أقول) في تقرير السارح المذكور خناق قصور أما أولا فلائه أضاف اندفاع الاشكال

بينهما حال المالك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحى منهم جميع الثلث بعدم المراجعة عند إيجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه

(قوله فان الباقي نصف الثلث لوجود المراجعة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تلك بالقبول الا في مسألة قد ذكرناه ينفع كل ههنا (قوله حال المالك) أقول يعنى حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم عتقة فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمره وفلم يررض للحي
 الانصف الثلث بخلاف ما اذا علم عتقه لان الوصية لليت اغوف فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
 ثلث مالي بين زيد وعمر ووزيد ميت كان لعمر ونصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد
 منهم انصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال
 ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق
 الموصى له بثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد واستتخلاف مضاف الى ما بعد الموت وينت
 حكمه بعد فيشترط وجود المال عند الموت لاقبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لم يبق
 ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطله لما ذكرناه
 ايجاب بعد الموت فيتم بقيامه حينئذ وهذه الوصية تملكت بالعين فقبل بفواته عند الموت وان لم
 يكن له غنم فاستفاد ثم مات

والضمير في قوله لان الوصية
 عند الموصى والباقي
 ظاهر وقوله (ومن أوصى
 بثلث ماله) ظاهر

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس
 بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى
 الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلا ن الظاهر من قوله لوجود المزاجية بينهما ما حال الملك أن يكون
 المراد بالمزاجية المنفية في قول المصنف فلا يزاحم الحي هو المزاجية حال الملك وهي حال موت الموصى
 وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمر بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت
 الموصى كان الباقي منهم انصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هناك أيضا التزاحم وان التزاحم
 فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصى لافي حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم لليت
 غير مطابق لما ذكره الشارح المسد كور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين
 علم الموصى بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهم جميع الثلث بعدم المزاجية عند
 ايجاب الموصى وفي هذا الفرق بين العلم وعدمه اه وأما ثالثا فلا نه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال
 بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة فمات
 أحدهما قبل موت الموصى فان الباقي نصف الثلث هناك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور
 في الكتاب يقيس اندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية
 حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه
 المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمر وهما بالحياة ثم مات الموصى ثم مات أحدهما كان الباقي نصف الثلث
 والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصى كان الباقي نصف
 الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصى لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصى
 ثم بعد ذلك مات أحدهما لا يبطل سقته بل يقوم وارثه فيه مقامه كوت أحد الورثة بعد موت المورث
 وفي المسئلة الثانية ما مات أحدهما قبل موت الموصى بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف
 الى ما بعد الموت فيشترط بقاؤه من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصى
 فيبطل نصيبه كالمات أحد الورثة قبل موت المورث ولا آخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل
 بينهم ما عند الايجاب ليكون كل واحد منهم مأهلا لا يوجب الوصية له فيبطلان حق أحدهما لا يرداد
 نصيب الآخر كلو رد أحدهما الوصية كان لا آخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان
 فيم الحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية له فانما ينقص حقه بانبات المزاجية ولم تثبت
 المزاجية حيث كان الآخر ميتا فبقى الثلث للحي منهم ما عترة ما لو قال ثلث مالي لفلان ولولي فالثلث كله

فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذلك اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر بقيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانها لما أضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بما ليس الشاة اذ ما لم يتوجه في مطابق المال ولو اوصى بشاة ولم يصفه الى ماله ولا غنم له قبل لا يصح لان الصحيح اضافة الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقبل تصح لانها ما ذكر الشاة وليس في ماله شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلا لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

لأن الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله) ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلا لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناوات صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي صورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية بفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من خنطتي فان الخنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته اخطأ هذا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في صورتين اه وقصد به بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما عاصله ان عبارة الوقاية تنفي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة المذهب والصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه اوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في نفي الغنم دون الشاة الى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي عما ذكره في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصي به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فصح الوصية بشيء موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية فمما سوى كون الموصي به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حديثان هما أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها بالنسبة كوجود الشاة التي هي الموصي به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من خنطتي وليس له غنم ولا خنطة فالوصية باطلا وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسيحي في شرحه لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزأ من الغنم وأنه يصح جزأ من الغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشيء معدوم

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه أضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كالأوصى به هذه الشاة ولم تكن في ماله ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه أضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من خنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ماله بخلاف ما اذا قال من خنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ماله أو هلك قبل موته فلا شيء للموصي له والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ما ذكره واضح صورة وتعليل لا خلافه وأصله أن الوصية لامهات الأولاد جائزة فإنه يحتاج إلى بعض بيان وهو أن الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت فأنما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة فتستحق الوصية وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لأن الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة إلى ما بعد عتقها فإن قيل الوصية بثلث المال لعبد جائز لتساوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجز ومضافا بخلاف أم الولدان الوصية لهما بذلك ليست اعتاقا لأنها تعتق عتق المولى وإن لم يكن عنه وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال أمان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة وأمة فإن كان الأول فالوجه لنفي القياس وإن كان الثاني فكذلك لأنها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لأن عتقها لا بد وأن يكون عتق المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علمان مسنة لثمان على معاول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته وأول ذلك باطل وقوله (وإدناه في الميراث) قيد بذلك احتراز عن فصل الزكاة فإن لفظ الجمع هناك منصرف إلى الواحد بالإجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع في الميراث مصر وفا إلى الاثنين والوصية في معناه من حيث أن كلاً منهما تملك المال بعد الموت كان الجمع (٤٥١) هناك أيضا منصرفا إلى الاثنين وقوله

(نجد ذلك في القرآن)
يريد به قوله تعالى فإن كان
له أخوة فلا تمه السدس
والمراد بها الاثنين فصاعدا
وقد عرف في موضعه وكذا
قوله (وإنه يتناول الأدنى مع
احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث والفقراء والمساكين فلمهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله أن الوصية لامهات الأولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وقسمناهم في الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وإدناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الأولاد ثلاث فلم يذاب قسم على سبعة ولهم أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وأنه يتناول الأدنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه إلى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه إلى مسكين واحد عندهما وعند لا يصرف إلى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهيم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الأولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولدان الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت فهي

لأنها ليست من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولأنها تكون وصية للوارث وليس إحدى تملك العلتين بوجوده في أم الولد أما الأولى فلأن الموصى له يملك الوصية بالقبول وهي حينئذ حرة أهل لأن تلك وأما الثانية فلأنها لا تنقل إلى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فلي تأمل (قوله فإن قيل الوصية بثلث المال لعبد جائز ولم يعتق بعد موته) أقول وفي المحيط وفي السكافي في المنقرقات من كتاب الرضا يا ولأوصى بثلث ماله لعبد عتق ثلثه بعد موته عند أبي حنيفة لأنه من بطل مال الميت ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن مالت نفسه عتق وسعى في ثلثي قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لأنه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله ويبدأ بالعتق من الثلث فإن فضل شيء دفع إليه وهي حينئذ مفرج تجزى الاعتاق انتهى وفي المحيط ولو أوصى لعبد بشئ من رقبته يسخ ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لأن العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولأن الوصية لعبد بمال وصية لوارثه لأن المالك في العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فهو وصية له لا لوارثه لأن الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لأنه أوصى له بثلث رقبته فإن رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لأنه حر وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لأنه حر عندهما وبطل المكاتب عند أبي حنيفة والوصية للحر أو المكاتب جائزة وإن بقي كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم وإن كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتك معها مائة ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد بدأمكن اثباته بين الكل بما قلناه لا اتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولا آخر بمائتين ثم كان الأشرار لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل اتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد ينصف نصيبه علما باللفظ بقدر الامكان

انما تحقق الوصية بعدم موت مولاها وبعدم موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشئ غير رقبته باطالة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد بإيصاله وصية صحيحة لا باطالة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كما ذكرنا في عامة الشروح وعزاه جماعة من السراج الى الذخيرة (أقول) فيما ذكرنا من وجه القياس نظر لان قولهم وبعدم موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعدم موت مولاها اذا لا شك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعدم موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شئ فلم يتم وجه القياس ولم يتج الى ما تكفه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيان والامام المحبوبي عن هذا قال أما جواز الوصية لاميات أولاده فلان أو ان يموت الوصية وعلمه بعد الموت ومن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقل عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلاث المال لعبد ما ترة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أوجب بأن الوصية بثلاث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجز أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها اعتاق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلاث المال اما ان صادفها بعد موت المولى وهي حرة وأمة فان كان الاول فلا وجه لنتي القياس وان كان الثاني فمكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلاث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا فوارد علما مستقيمان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبته او ذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد ان ذكرنا ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان التريد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشئ الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنتي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشئ الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلاث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولا آخر بمائة ثم قال لا آخر قد أشركتك معها مائة ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا الاستحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الأشرار يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهم ما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انما ثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما ثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهم مائنة المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهم نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم هذا انه اشركه معهم ما جله واحدة فلا يعتبر بأشراكه اياه مع كل واحد منهم ما متفرقا انتهى واقضى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف في مقتضى لفظ الأشرار التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصى الثالث قد اشركك معهم ما اشراكه معهم ما جله واحدة أى التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهم ما متفرقا أى تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الأشرار يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما يوصى به لكل واحد منهم ما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهم ثلث المائة مقتضى اشراكه اياه ما جله واحدة وانما يأخذ من كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد متفرقا وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولا آخر بمائتين ثم كان الأشرار) أى ثم قال لا آخر اشركك معهم ما جله نصف كل مال لكل منهما لان تحقيق المساواة فيقسم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلا يثبت العمل فيهم لقسمة الأشرار (حملناه على مساواته لكل واحد منهم كما هو وجه القياس) علما باللفظ بقدر الامكان

وقوله (ومن قال) يعني لورثته (على لفلان دين فصدقه) يصدق الى الثالث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لانه أقر مجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان (٤٥٣) وقد فات بموته وقوله فصدقه يعني فيما قال

لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالف للشرع لان المدعى لا يصدق الابحجة فعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان اننا نعلم ان المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو مالا لثالث في الثالث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها اجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعله بأصل

الحق الذي عليه دون مقداره سعيامنه في تفريغ ذمته فجعلها (أي هذه الوصية) (وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة) وقوله (فان أوصى بوصيا غير ذلك الخ) واضح وحاصله أنه تصرف يشبهه الاقرار لفظا ويشبهه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الثلاث ولا يخص بالثلث الذي لا يخص بالثلثين اهـ وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف في باب الهـ لم يعملوا شبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصيا غير ذلك كما تقدم بل جعلوا وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثالث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقه صدر مخالف للشرع لان المدعى لا يصدق الابحجة فعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان اننا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذه بغير الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيامنه في تفريغ ذمته فجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصيا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يراحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر الدخلاء ما وسعاهم يخلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم) لان هـ ذان دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن في التركة ديناً شائعاً في النصيبين (فيؤخذ أن أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلث ما أقروا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

بهينه فالامعنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فعني كلام الموصي لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكره وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقيق المساواة بين الكل والايحتمل على المساواة مع كل واحد نصف نصيبه عملا بالنظر بقدر الامكان وبهـ هذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائلون مقام الموصي قالهـم البيان كما هو في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقه فيما شئتم ويقال للورثة صدقه فيما شئتم لان هـ ذان دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله أنه تصرف يشبهه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الثلاث ولا يخص بالثلث الذي لا يخص بالثلثين اهـ وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف في باب الهـ لم يعملوا شبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصيا غير ذلك كما تقدم بل جعلوا وصية جعل التقدير فيها الى الموصي له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيئا فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

بالثلث الذي لا يخص بالثلثين

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لاني الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهم الميمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فلا يجزي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما يملك الايصاعيه وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح من اجاب فيكون المكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازه الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللأجنبي

لم يجعوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا للجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ (أقول) ليس هذا مستقيم فان مر اد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعى في هذه الصورة لافي الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغاما بلغ في أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل تفق ثم ان الأمام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذه امشك من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا يأخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كما ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤوا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كما لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقههم المدعى فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والافراز وان سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقههم المدعى أيضا فيكفي بجواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لأصحاب الوصايا بعلاما بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهم الميمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائد عليه ويحلف أصحاب الوصايا البقاء شيء من الثلث في أيديهم فتأمل اهـ (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائد عليه فلا يحلف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائد على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعى هناك ممن يدعى حق نفسه من تركه الميت ولا ريب أن ادعاه ما زاد على الثلث من تركه الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكروا وأما قوله ويحلف أصحاب الوصايا البقاء شيء من الثلث في أيديهم فلا ندعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت

وقوله (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه) ظاهر

وقوله (وهذا) أي هذا الإيصاء بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي) كما لا يصح في حق الوارث (لان الوصية انشاء تصرف) أي ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهم اشرقة قبلها والشركة انما تثبت حكمه عقبيه حيث لم يقع التمليك الذي هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما في الاقرار فبسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضي سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفي ذلك أي في الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر في الكتاب وهو باطل ولا فرق في ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك أو جحد الاجنبي أو الوارث ذلك أو أنكرا جميعا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح في حصة الاجنبي لان الوارث مقرب بطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في نصيبه ويثبت في نصيب الآخر وقالوا انبأته مشتركا هو المبتل وقد وجد ولقائل أن يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبي صحيح وبالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح (٤٥٥) جهة الفساد بحيث تعدى

الى ابطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهي أن المقتضى لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرهما في كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبي المالك فيه بالنظر الى صحة الاقرار به ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له مالك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلانا) أي بقاء في حق الاجنبي وبطلانا في حق الوارث يعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ووردي الخ) رجل له ثلاثة أثواب

وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه ولا اجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكمه فتصح في حق من يستحقه منهما وأما الاقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا لانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة احدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ووردي فأوصى بكل واحد رجل فضاع ثوب ولا يدري أيها هو والورثة تجد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل

مطلقا والمسمى فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعي الدين في حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لاسمع دعواه رأسا فضلا عن التخفيف (قوله ومعنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك) أقول في ظاهره تعبير المصنف ههنا فسادا لان ذلك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلاثة معا والمفروض في وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منهم غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذي هو حقه قد هلك فانه ككذب ظاهر لا ينبغي أن يسمع اصلا فضلا عن أن يترتب عليه حكم شرعي بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقه قد هلك يقتضي الاعتراف بكون الثوبين الباقيين لصاحبيه والاولى في التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيان وهو أن المراد بجحد الورثة أن يقولوا حق واحد منهم بطل ولا ندري من بطل حقه ومن بقي حقه فلا نسلم اليكم شيئا والذي يمكن في توجيه كلام المصنف أن يكون مراده معنى بخودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذي قد هلك يحتمل أن يكون حقه فكا أنه تسامح في العبارة بناء على ظهور

جيد ووسط ووردي عتجز من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منهم الرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الاثواب ولا يدري أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذي هو حقه كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهاته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو تمام غرض الموصي

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبي شيئا الخ) أقول ينبغي أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلا بلا ملاحظة الدليل الاول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا) أقول لانه لو صح في نصيب الاجنبي فأأخذ بأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك في زعمه فبطل ذلك النصف ويصير للورثة تغير رجوع الوارث ثانيا عليه بنصف ما بقي في يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولا واستحق هكذا الى أن بقي في يده فلا يكون مفيدا في حق الاجنبي فافهم الا أن هذا التقرير لا يلازم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل في ذلك القدر ولكن الامر سهل

(الآن تسلم لهم الورثة الثوبين الباقيين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ما ذكر المصنف في الكتاب وهو واضح اذا ابتدأ بتعليق جانب صاحب الجيد وصاحب الردي وان ابتدأ بتعليق جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو ان يقال الهالك ان كان أرفع من الباقيين فحق صاحب الوسط في الجيد منهما وان كان الهالك أرفداً من الباقيين فحق صاحب الوسط في الردي عندهما الحق بتعلق بهذا امره وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له في الباقيين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقيين في حال ولا يتعلق في حالين فيأخذ ثلث كل واحد فحق صاحب الجيد وصاحب الردي في صاحب الجيد يدعي الجيد ولا يدعي الردي لانه لاحق له فيه قطعاً وصاحب الردي يدعي الردي دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردي لصاحب الردي وعقوله (واذا كانت الدارين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) فقيه بحث وهو أنه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكيلات والموز وفات (٤٥٦) ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض

فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض لأنها اذا كانت من جنس واحد الجبر الناذي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعاً كما ذكره هنا لان الجبر لا يجري في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال (الآن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلوا زال المانع وهو الجود فيه كون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لاحق له في الردي بيقين لانه اما أن يكون وسطاً أو ردياً ولا لاحق له فيه - ما وصاحب الردي لاحق له في الجيد الباقى بيقين لانه اما أن يكون جيداً أو وسطاً ولا لاحق له فيه - ما ويحتمل أن يكون الردي وهو الردي الاصل فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردي فبمعنى حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدارين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها انقسم فان وقع البيت في نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فالوصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وملك غيره لان الدارين جميع أجزائهم مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الخير ثم اشتراه ثم اذا انقسم وهو واقع البيت في نصيب الموصى تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفذ الوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما يناء ولا تبطل بالقسمة ولها أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملكه منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فننفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع

قال المصنف (لانه اما أن يكون وسطاً أو ردياً ولا حق له فيه) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصل (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول

المراد ووافقهم صاحب الكافي في هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع) واعلم المقصود الافراز تكمياً للنفقة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية

مثلاً يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطاً وحال كونه أرفداً من الردي وعرض عليه تعلقه واعلم بالردى قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهم مالان الموصى له يضرب بالعشرة وهم خمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتفاقى ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعاً قيمة قص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسةون ذراعاً كاملاً وقد نقص الخفة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تعليق الموصى ملكاً شريكه وليس له ذلك وأيضاً اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لان سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضاً زاد حق الورثة أيضاً بسهم لانهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسةون ذراعاً وربع الوصى له عشرة من نصيبه فبى أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بن الموصى له والورثة على خمسة أسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعاً للورثة فيجعل كل عشرة سهم ما وهذه القسمة أصح عندى انتهى هذا النظر بردى على تقدير الكافي ورود الظاهر

وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه أولاً وان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به بحصيلة المقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتملك وان وقع في نصيب الآخر علمنا بالتقدير

فيه بحث وهو انه قال في كتاب القسمة والافراز هو الظاهر في المكملات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في العروض الا أنهم اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كعروض ما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره هنا لان الجبر لا يجرى في المبادلة ويكون معنى قوله هناك ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران في الجواب المذكور جسد حيث قصدا التوفيق بين كلامي المصنف في المقامين ولكن خالفاه صريح ما ذكره المصنف في كتاب القسمة وما أظبق عليه مع سائر الشراح في بيان مراده هناك فان المصنف قال هناك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كعلاء فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كما في قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح في شرح ذلك المقام ما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة في ذلك أجاب بقوله الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشر كعلاء فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لا دفع الضرر عن الغير كما في قضاء الدين فان المدينون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدي بدلا عما في ذمته اه ولا يذهب على ذى مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافي ذلك والصواب في حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع على وجه ين دفع عنه السؤال الذى يحل الشارحان المزبوران لدفعه ما تعهدا أن يقال يعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا في غير المكمل والموزون الا أنه يجعل ذلك المعنى في هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيه مقصودا تصححا لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل النفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام قاضيان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا وقسما لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مرجحة على ما اشتري فهي افراز في حق بعض الاحكام ألا يرى أنه يجبر عليها ولو بنى أحدهما في نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت الشفع الشفعة في القسمة والمشتري لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لمكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا في حكم الوصية تصححا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صححت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله) وان وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها كذا في العناية وغيرها (أقول) انا اقول أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه عوضه أى

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقي ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى في الجارية الموصى بها

وقوله (أولاً أنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعني في وقوعه في نصيب الشريك (والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعني في وقوعه في نصيبه وقوله (٥٨) (فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة) فإن قيل ينبغي أن يقسم نصيب

الموصي بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصي له وأربعة للورثة لأنه لما صحت الوصية عندهما في عشرة أذرع بقي حق الورثة في أربعين فلما زعم الورثة أن حقهم في خمسة وأربعين وحق الموصي له في خمسة تسكا عذهب محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة وحق الورثة في أربعين فيعتبر زعم كل فريق فيحسمنا كل خمسة سهماً فصار لكل أحد عشر وقوله (وقيل لأخلاف فيه لمحمد) بل قوله في الإقرار كقولهما في الوصية والباقي ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فبلغه فاما أن يجيز الوصية أولاً فإن كان الثاني بطلت وإن كان الأول جازت فإن دفعها إلى الموصي له تمت وإن لم يدفع فله أن يمنع وإن أحازها لأن هذا تبرع بمال الغير إلى آخر ما ذكر في الكتاب وهو واضح

(قوله وحق الموصي له في خمسة تسكا عذهب محمد وزعم الموصي له أن حقه في عشرة) أقول فيه بحث

فلم يعتبر زعمه تسكا عذهب محمد إذا وقع البيت في نصيبه قال المصنف

(والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر في أوائل كتاب الرضايان كل ما جاز بأجرة الورثة يملكه المجازله من قبيل الموصي عنده

خلاف الشافعي

أولاً أنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتملك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتيق الولد ووطئ المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جراء الطلاق مطلق الولد وفي العتق ولد ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصي له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة من الورثة وسهم للموصي له وهذا عند محمد فيضرب الموصي له بخمسة أذرع نصف البيت وهم نصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهماً فيصير عشرة وعند محمد ما يقسم على أحد عشر سهماً لأن الموصي له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصي له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية أقرار قيل هو على الخلاف وقيل لأخلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لا آخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لأن هذا تبرع بمال الغير فيستوقف على إجازته وإذا أجاز يكون تبرعاً منه أيضاً فله أن يمنع من التسليم بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتم ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجاز وهو ساقط حقهم فنقد من جهة الموصي قال (وإذا اقتسم الابن تركه الأب ألقاهم أقر أحدهما رجل أن الأب أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لأن إقراره بثلثه تضمن إقراره بمساواته إياه والنسوية في إعطاء النصف لبقى له النصف ووجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع في التركة وهي في أيديهم ما فيكون مقراً بثلث ما في يده بخلاف ما إذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع في نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة في نصفه الآخر لأن الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصي وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع في نصيب الموصي مشتركين بينهما ما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع في نصيب الآخر وبين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع في نصيب الموصي وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع في نصيب الموصي فباقيان على حالهما الأصلية في ملك الموصي وصاحبه فلم يكن قوله أمالاً لأنه عوضه صالحاً لأن يكون دليلاً مستقلاً في إفادة المطالب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكاً للموصي له عندهما فيما إذا وقع ذلك البيت في نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الداليلين الآخرين وتجرى بالمصنف بقضى استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى إن من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له الخ) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يتمشى في صورة أن وقع البيت بعد القسمة في نصيب الموصي وأما في صورة أن وقع بعد ما في نصيب الآخر فلا لأن الموصي حينئذ كان مقراً بملك الغير لغيره ولم يصرمالكاله بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه إلى المقر له ومسلئنا تم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجهه الاستحسان أنه أقر بثلث شائع في التركة وهي في أيديهم ما فيكون مقراً بثلث ما في يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى في فصل إقرار المريض إن ابنه أو أقر بأخ فبجده أخوه الآخر دفع إليه

فيكون

الى قوله (فيكون مقررا بتقديم عليه) فان كان الدين مستغرا لجميع نصيبه دفعه اليه كله والباقي ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانقضاء كافي البيع) يعني تسري الوصية الى الراد الحادث قبل القسمة كما يسري البيع الى الراد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الراد صار كان الولد كان موجودا او وصى به ما وقيمت ما مثل نصف المال تنفذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما كذلك جهنا (وله ان الام اسل) يعني في الوصية (والولد تبع فيه) أي في الوصية على تأويل الايصاء (٤٥٩) وانما كانت الام أصلا لان الايجاب

تناولها قصدا ثم سري حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقي من الثلث وتنفيذ الوصية في جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لانه يؤدي الى نقصها في بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لان سلم أن تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقصه في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلة بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينفذ البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصي له) لانه غاها اصل ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقرر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن والحاصل اننا عملنا هنا بأصل مالك ثم عمل زفر بما بأصلنا ثم فلا بد للامعة الخنفسية من الفرق بين الاقرار والوصية والاتحاد ويحتمل أن يكون في المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما ما بين فان المساواة من القوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالأقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشئ فان الذي من لوازم الاخوة انما هو المساواة في جملة التركة لا المساواة فيما في يد أحد الاخوين فقط كنهف التركة مثلا والا يلزم أن يكون حصص أحد الاخوة النصف وحصص مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة في جملة التركة انما تقتضي كون حصص الاخ المقر له ثلث ما في يد المقر لانصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانه لا يستلزم من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتمام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعاً لا تخصصا الوارث في الابنين وكون اقرار أحداهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

سماوية لا يقابله شيء من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

قال المصنف (أما الموصي له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الأخ الذي أقر أحد الابنين باخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطى له نصف ما في يد المقر كما سبق في آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرج جامن الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهم ما جيعا) أقول الظاهر أنه بالخاء المعجمة أي ما يصير حصته منهم ما يقال حصتي منه كذا أي صار حصتي منه

والفصل في اعتبار حالة الرصبة. قال في النهاية لما ذكر الحكم الحكي في الرصبة وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على (٤٦٠) العارض قوله (وانما أقدم المريض لامرأة) وانتم مباهة أن المعتبر في حواز

الرسمية وفادها كون
الموسى له وارثا وغير وارث
يوم الموت ليوم الرسمية
والمعتبر في فساد الاقرار
وجوازه كون المقر له وارثا
الحال لان الاقرار عليك للحال
تبقى كان المقر له وارثا يوم
الاقرار لا يباح اقراره اذا
كان المقر من بضا وقوله
(لان الاقرار ملزم) فيه
تلويح الى رد قول زفر
وهو ان الاقرار أيضا باطل
لان اقرار المريض بعزلة
التبليغ ولهذا يصح للوارث
دوحه ذلك أن الاقرار

فصل في اعتبار حالة الوصية ١٢ لما ذكرنا من الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلاث المال ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالأحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الأحوال بمنزلة العوارض والأحكام المتعلقة بثلاث المال بمنزلة الأصول والأصل مقدم على العارض كذا في الشروح (قوله وإذا أقر المريض لأمر أبدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جازا الأقرار وبطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصي له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الأقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الأقرار عليك للحال حتى كان المقر له وارثا يوم الأقرار لا يصح إقراره إذا كان المقر مريضا اه واقتضى أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارتهم ما خلل حيث قالوا لان الأقرار عليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الأقرار بأن الأقرار ليس بتعليق بل هو اظهار للقربة وقالوا وله هذا لو أقر أخيه بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في إقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض إذا أقر بجميع ماله لأجنبي صح إقراره ولا يثبوت وقف على إجازة الورثة ولو كان تعليقا مبتهدا لم ينفذ لا بقدر الثلث عند عدم إجازتهم حتى العبارة أن يقال لان الأقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتدكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتباً فاعتق لماذا كرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح عند المقام أي لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما إذا أقر له بدين ثم اعتق قبل الموت لم يذكر هنا وذلك كرهنا وذلك كرهنا وذلك كرهنا وذلك كرهنا (أقول) لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان ما ذهب اليه في شرح هذا المقام مما نبأه سداد

ثبت الحكم بنفسه من غير
توقف على أمر زائد كالموت
في باب الوصية وقوله
(الآن الثاني يؤخر عنه)
أي تنفيذ حكم الاقاراء في
حالة المرض يؤخر عن
تنفيذ حكم الاقراء الذي
في حالة الصحة (بخلاف
الوصية لانه) يعني الوصية
بتأويل الايضاء وقوله
(وكذا لو كان الابن عبدا
أو مكمنا فاعتق) يعني
لانصح الوصية والهبة
لان الوصية مضافة الى
وقت الموت أما اذا أقرله
بدين ثم أعتق قبل الموت لم
نذكر ههنا وذكر في كتاب

الاقراء أنه ان لم يكن عليه) أى على العبد (دين يسع) الى آخر ما ذكر في الكتاب

فصل في اعتبار حالة الوصية (قوله أما إذا أقر له يدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر ههنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا كذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لأبيه وهو نصراني يدين أو وهب له هبة فتقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق في هذا أه

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الجلس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السيل) وهو عبارة عن اجتماع المرة (٤٦١) في الصدر ونفثها وقوله (صار

طبعاً من طباعه) يعني خرج من أن يدبكون مريضاً مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (في الوصايا بعد ذلك) صاحب فراش فهو كمرض (حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث، كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لأنه يخاف منه الموت) ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب الاعتاق في مرض الموت

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل قال (ومن أعتق عبداً في مرضه) كلامه واضح

باب العتق

في مرض الموت

قال المصنف (و يضرب

بمع أصحاب الوصايا) أقول الاظهر أن يقال يضرب كل من هو لأجلكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول إذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لأنه إذا تقدم العهد صار طباعاً من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوى ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش) لأنه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال (ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحياً أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام فأنه ما جلا قول المصنف وكذلك لو كان الابن عبداً أو مكاتباً على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع أن الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعاً وهي الإقرار والهبة والوصية لأنه كان عاماً لها في المسئلة السابقة فانتظام إطلاق التشبيه في قوله وكذلك لو كان الابن عبداً أو مكاتباً يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضاً سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فإن ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعاً بل لا ريب ثم أن قولهما أما إذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا أن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورته الوصية والهبة أيضاً لم تذكر هنا بعينها صراحة بل اندرجتا في إشارة قوله وكذا لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق فامعنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الإقرار وأن أراد بذلك أن صورة الإقرار لم تذكر هنا أصلاً صراحة بعينها ولا اندرجا في إطلاق إشارة شيء فهو ممنوع فإن مسئلة ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا اه ولا يذهب عليك أن صورة الإقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت إطلاق إشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبداً فاعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذلك لو كان الابن عبداً أو مكاتباً فاعتق لما ذكرناه وأنه يبطل الإقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضاً الدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وأن مراده بقوله وذكر في كتاب الإقرار إلى قوله قال والمقعد بيان أن صورة الإقرار رواية للصحة أيضاً وكذلك في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلاً تبصر ترشد

باب العتق في مرض الموت

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرد به باب على حدة وأخره عن صريح الوصية لأن الصريح هو الأصل اه (أقول) فيه فتور لأن الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فإن الوصية إيجاب بعد الموت وهذا من جنس غير مضاف كما سيصريح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية نعم أنه في حكم الوصية

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أي المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لأن الوصية عبارة عما أوجبه الموصي في ماله بعد موته متطوعاً وقوله (كالضمان والكفالة) غير بينهما بالعطف لأن الضمان أعم من الكفالة فإن من الضمان ما لا يكون كفالة بأن قال لا جنبي خالع امرأتك على ألف على أني ضامن وكذا قال ببع هذا العبد بألف على أني ضامن لك بخمسمائة من الثمن مني الاتف فإن بدل الخلع يكون على الاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري وقوله (وما نفذ من التصرف) أي تجزؤه في الحال ولم يصفه الى ما بعد الموت (٤٦٣) قال معتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال وإن كان مريضاً فهو من الثلث

وكل مرض صح منه فهو وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أحجاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها لا يجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتبار من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه ينهم فيه كافي الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الأضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال وإن كان مريضاً من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن البرء تبين أنه لاحق في ماله قال (وإن جابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة وإن اعتق ثم جابى فهو ما سوا وقال العتق أولى في المستثنين) والاصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أحسبها يضرب بجميعه وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب لتساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أحجاب الوصايا لا حقيقة الوصية لأنها لا يجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتبار من الثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه ينهم فيه كافي الهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتباراً بحالة الأضافة دون حالة العقد وما نفذ من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال وإن كان مريضاً من الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن البرء تبين أنه لاحق في ماله قال (وإن جابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحابة أولى عند أبي حنيفة وإن اعتق ثم جابى فهو ما سوا وقال العتق أولى في المستثنين) والاصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أحسبها يضرب بجميعه وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحابة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب لتساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

ذا وجد في مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتي أيضاً في الكتاب فالوجه أن يقال لما كان الاعتاق في المرض أمراً يغير حقيقة الوصية ولكن كان في حكمها أفرد به باب على حدة وأصره عن حقيقة الوصية لكونها هي الاصل (قوله وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز) أقول في عبارة المصنف هنا تسامح فإن قوله جائز في النسخة الاولى محمول في الكلام وقوله فهو وصية في هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثاني مكان الاول فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك كاه جائز (قوله وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفاً لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي) أقول في هذا التحريم قصور بل خلل أما أولاً فلا يقدم من جهة الموصي في قوله فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي حشو ومفسد لأنه يدل بطريق مفهوماً مخالفاً للمعتبر عندنا أيضاً في الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من جهة غير الموصي كما في المحابة مع أن الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلاً وإن لحق المحابة من جهة غير الموصي وهو المشتري وأما ثانياً فلا نأخذ بقوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم باطلاقة أن يلحق الفسخ المحابة أيضاً من جهة الموصي مع أنه قال وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي فالحق في تحرير هذا المقام أن يقال فإنه لا يلحقه الفسخ أصلاً والمحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي وأما غيرهما فيلحقه الفسخ من جهة الموصي وغير الموصي أيضاً ثم إن كثيراً من السراخ منهم صاحب العناية قالوا في تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

بعقته بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احتراز عن الفاسد منه مثل أن يقول أنت حر بعد موتي بسوم كما سيجيء وقوله (والمحابة في البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره يلحقه) أي غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

قال المصنف (لأنها لا يجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثاني (قوله وغيره يلحقه أي غير العتق الموقع) أقول فيه أن الظاهر أن يقول أي غير ما ذكرناه من العتق الموقع والعتق المعلق ونعيم الموقع به ما خلاص الظاهر

وقوله (يستوى فيه من سواهما) أى سوى العتق والحياة وقوله

(٤٦٣)

(لهما فى الخلافة) وهى التى قدم فيها

الحياة على العتق وقوله
(لا يوجب التقدم فى
الثبوت) لأننى أنه اذا
أوصى بثلاث ماله لفلان
ولفلان ولفلان كان
بينهم اثلاثا واصل أو فصل
ولاعبرة بالبداءة فكذلك
ههنا وقوله (لانها ثبتت
فى ضمن عقد المعاوضة)
يعنى وبالمرض لا يلحقه
الجزع عنها (فكان تبرعا
بعنه لا بصيغته والاعتاق
تبرع صيغة ومعنى) لأنه
لم يثبت فى ضمن المعاوضة
وبالمرض يلحقه الجزع
عنه

(قوله يستوى فيه من
سواهما أى سوى العتق
والحياة) أقول فيه شئ
فان لفظة من تأبى هذا
التفسير (قوله وهى
التي قدم الخ) أقول
فيه شئ فان الظاهر
التعظيم للمستثنين (قوله
وقوله لانها ثبتت فى
ضمن عقد المعاوضة يعنى
وبالمرض لا يلحقه الجزع
عنها) أقول ضمير عنها
راجع الى المعاوضة (قوله
فكان تبرعا بعنه) أقول
تذكير الضمير الراجع
الى الحياة اما باعتبار الخبر
أو لكونه بمعنى أن منع
الفعل أو على تأويل

واذا تقدم ذلك فبأنى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم
البعض على البعض لهما فى الخلافة أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والحياة يلحقها ولا يعتبر
بالتقديم فى الذكر لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن الحياة أقوى لانها ثبتت فى ضمن عقد المعاوضة
فكان تبرعا بعنه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت الحياة أو الادفع الاضعف واذا
وجد العتق أو لا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المراجعة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله
اذا حابى ثم أعتق ثم حابى

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقوع ولهذا عطفه المصنف
عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقوع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالندبير الصحيح مع أنه
لا يخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال فى تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ
أى غير العتق الذى ذكرناه آنفا وهو العتق الموقوع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم
المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا يساعده لا محالة فان العتق الذى ذكره يعم العتق الموقوع والمعلق كما
ترى (قوله واذا تقدم ذلك فبأنى من الثالث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال
صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والحياة واقتضى أثره صاحب
العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من فى قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما
لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافى ذلك كما ترى فالوجه فى تفسير ذلك أن
يقال أى سوى المعتق والذى حوى له أو سوى أهل العتق والحياة نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير
الشارحين المزبورين وهو لفظ الأهل أو لفظ صاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير اذا المقصود
من التفسير الكشف والبيان لا الإحفاء والتعمية فبقيت السماجة فى تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله
لهما فى الخلافة) قال صاحب العناية فى بيان الخلافة وهى التى قدم فيها الحياة على العتق وتبعه
العيني (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسألتين المذكورتين وهما
التي قدم فيها الحياة على العتق والتي قدم فيها العتق على الحياة والدليل المذكور من قبلهما وكذا
الدليل المذكور من قبله يتمشيان فى تينك المسألتين معا بالكلية كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه
لتفسير الخلافة هنا بما يخص المسئلة الأولى منهما ما هو الصواب فى بيانها أن يقال وهى التى اجتمع فيها
العتق والحياة سواء تقدم العتق على الحياة أو قدمت الحياة على العتق (قوله ولا يعتبر بالتقديم
فى الذكر لأنه لا يوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية ألا يرى أنه اذا أوصى بثلاث ماله لفلان ولفلان
ولفلان كان بينهم اثلاثا واصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر فى النهاية ومعراج
الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الايصاع فى صورة التنوير نازل وقت موت الموصى
فى حق كل واحد منهم لان الوصية تعليق مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم
فى التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى
صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم اثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق
الموقع فى المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا الحياة فى البيع اذا وقعت فى المرض والمنجز
يوجب الحكم فى الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكرك قبل أن يثبت فى المؤخر فيه
فانقضت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا حابى ثم أعتق ثم حابى

ما ذكره قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون الحياة أقوى منه

وقوله (قسم الثالث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان) فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث تحاصوا ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه اغتنافاً لأن ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينقض ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت له ما يحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني) فإن قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحابة قلت لا يستقيم لأن المحابة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساوياً بالها والعتق الأول مقدم على المحابة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الأول شاركه فيه العتق الآخر للجائسة والمساواة بينهما فإن قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل إلى صاحب المحابة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحابة ما أخذ صاحب العتق الثاني لأن حق صاحب المحابة مقدم على صاحب العتق الثاني كالأول وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحابة أوجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الأول لأن حق العتق الأول

وحق المحابة سواء في الثلث فيؤدي إلى الدوران نقض صاحب المحابة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بأن يعتق عنه هذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة) قال الإمام الكتاني إلا أن يكون الموصي جعل الفضل الذي حج عنه فيكون له

قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان ولو أعتق ثم جازي ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحابة نصفين وما أصاب العتق قسم بينهما وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه هذه المائة عبد فله أن يهدى لهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يبلغ لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة وقال لا يعتق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قريب فيجب تنفيذها ما أمكن اعتباراً بالوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصي له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهل بعضه أيدفع الباقي إليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر محتاج فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعندهما حق العبد حتى لا تقبل البيعة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباة بين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليهما فيستويان) قال في الغاية فيه بحث وهو أن يقال المحابة الأولى مساوية للمحابة الثانية والمحابة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحابة الأولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقض ما أثبتته قال المصنف

(ثم ما أصاب المحابة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق) أقول قال في الكافي فإن قيل ينبغي أن يكون تمام الثلث للمحابة الأولى عنده لأن المحابة الثانية مساوية للعتق والمحابة الأولى مرجحة على العتق والمساوى للرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الأول عنده لأن العتق الأول يساوي المحابة والمحابة راجحة على العتق الثاني والمساوى للراجح راجح قلنا لا يرجح العتق على العتق والمحابة على المحابة بالاجماع إذا لم يكن الغير متخللاً وكذا إذا تداخل الغير اهـ وذكر المسائلين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحاً عنهم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليهما فيستويان فإن التقديم إذا كان سبباً للمساواة المرجوح للراجح يكون سبباً أيضاً لرجحان المساوى والجواب أن سببية التقدمة لمساواة المرجوح من حيث أنه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المراجعة ضرورة وأخذ المتساويين إذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضاً لانه ليس أقوى منه فتثبت المراجعة أيضاً ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فإنهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الأجنبية التي نسبتها أنتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي هذه أقولنا مساوى المساوى مساو وهم صرحوا بصدقها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الجائسة فلما تأمل (قوله أوجب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه من قوله فيؤدي إلى الدوران) أقول لانه يسترد منه أيضاً صاحب العتق الثاني للجائسة

وقوله (وهذا أشبهه) يعني إلى الصواب لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحلف المستحق إذا هلك منه شيء وتبطل الوصية وترد المائة إلى ورثة وقوله (ومن أوصى بعقوب عبده) أي باعتاق عبده وقوله (لأنه يتلقى الملك من جهة) أي لأن الموصي له يتلقى الملك من جهة الموصى (الأن ملكه) أي ملك الموصى (باق) فيه حاجته حتى لو كان العبد ذارحم (٤٦٥) محرم من الورثة لم يعق عليهم

لما يشأن ملك الميت فيه باق بعد حاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع) فإذا خرج به (أي بالدفع عن ملكه) بطلت الوصية كما إذا باع الموصى أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فإن فداه الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيه ما قدومه

(قوله وقوله وهذا أشبهه يعني إلى الصواب) أقول الظاهر تبديل إلى الباء (قوله لأنه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعقوب عبده ثم مات فعني العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى) أقول قال في الكافي والأصل أن الإيصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فإن شأوا دفعوه وإن شأوا فداوه فإن دفعوه صح الدفع لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا بتقدم علي من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك

وهذا أشبهه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبد أقيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسمع في شيء) لأن العتق في مرض الموت وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث إلا أنها تجوز بإجازة الورثة لأن الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعقوب عبده ثم مات فعني جناية ودفع بها بطلت الوصية) لأن الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكذلك على حق الموصى له لأنه يتلقى الملك من جهة إلا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باع الموصى أو وارثه بعد موته فإن فداه الورثة كان الفداء في أموالهم لأنهم هم الذين استرموه وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجز فتنفذ الوصية

يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضاً لو جازي ثم جازي ولم يخرج من الثلث فخاص ما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الأولى ثم الثانية والجواب عن الأول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني أنه انما يخص بالان ما يحتمل النقص من تبرعات المريض ينقض ثم ينقض إذا لم يخرج من الثلث وإذا كان كذلك نفذناه جميعاً ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية إلى هنا لفظ النهاية (أقول) فيه نظر من وجوه الأول أن السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلاً إذ لم يقل المصنف قط أن التقديم مطلقاً يقتضي الترجيح بل انما قال أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم الحباية على الاعتاق لكون المقدم اذذاك دافعاً للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الأقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الأقوى كما في تقديم العتق على الحباية ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم إحدى الحبايتين على الأخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له أصلاً على ما ذكره المصنف والثاني أن الجواب المذكور عن السؤال الأول ليس بسديد لأن لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقاً لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وإن لم يستلزم النتيجة لذاته إلا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة إذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا مساو وب مساو ج فانه ينتج ويستلزم أن مساو ج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي أن كل مساو للمساوي مساو والسؤال الأول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه إن أريد أن يتفقد الحبايتان جميعاً ثم ينقضهما بعد الموت يرتفع تقدم أحدهما على الأخرى فذلك أمر لا يساعده السقل وإن أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف أن التقديم يقتضي الترجيح مطلقاً فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفاً من أن الذي ذكر في الكتاب أن تقديم الأقوى يقتضي الترجيح لأن التقديم مطلقاً يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الأول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلاً عن الفوائد الحميدية حيث قال فإن قيل ينبغي أن يقسم الثلث بين الكل أثلاً لأن الحباية الثانية مساوية للأولى والعتق مساو للمعاينة الثانية فكان مساوياً للأولى لأن المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى يخصه

(٥٩ - تكلمه ثامن) لو كان حياً فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهة ألا يرى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وإن اختاروا الفداء فعليه الدية لا التزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليه المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتبريق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية فقيماً يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرنائي

وقوله (ومن أوصى بثلاث ماله لا خير) وأصح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعني أن من أعتق عبدا في صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد في شيء وهذا لان الاقرار بهذين الأمرين في حالة المرض انما يمنع أحدهما الا آخر ان لو كان أحدهما مائتا خرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا ما حصل ما عاين صدق واحد بقوله صدقما جعل كأن الأمرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أي ولا يحنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ما ذكر والثاني أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة لامن حيث المعنى لان اعتناق المريض المدين يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتني في صحته

(٤٦٦)

وقال رجل آخر لي عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقما عتق العبد ويسعى في قيمته الغريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهم أن الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهرا معها فيحصان كالمو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقع ما بخلاف المورث وله أن حقه ثبت في عين الالف بمقارنا لثبوت الدين في الذمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كالمو المورث حيا وقاله ذلك فقال صدقما والاختلاف في هذه المسئلة ذكر على عكس ما ذكر في الكتاب في عامة الكتب

فصل في باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * أعلم أن من مات

قال (ومن أوصى بثلاث ماله لا خير فأقر الموصي له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصي له أعتقه في الصحة وقال الوارث أعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصي له الا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم له البينة ان العتق في الصحة) لان الموصي له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا يتقدم جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلاث المال فكان منكر او القول قول المنكر مع اليقين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليقين الا أن يفضل شيء من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزا حقه فيه أو تقوم له البينة أن العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالنائب معاينة وهو خصم في اقامته الاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال الوارث أعتقني أبوك في الصحة وقال رجل لي على أبيك ألف درهم فقال صدقما فان العبد يسعى في قيمته عند أبي حنيفة وقال لا يعتق ولا يسعى في شيء) لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معاين تصديق الوارث في كلام واحد فصارا كأنهما كأنهما معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا لانه بعد وقوعه لا يحتل البطالان في دفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فيجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وهو تقدمه عليها فلا يساوى الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجح على العتق والثانية مساوية الاولى فينبغي أن ترجح على العتق كالأولى لان المساوى للراجع راجح لما مر أن رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا لو قال ينبغي أن لا يكون للمدانة الثانية شيء لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للرجوح مرجوح كذا في الفوائد الحميدية اه فتأمل

(فصل) * ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي باب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا في غاية البيان وقدّم المصنف باب العتق في المرض على هذا الفصل لقوة العتق في المرض لانه لا يلحقه الفسخ

فصل

وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر

فاما أن يوصى بها أو لا فان كان الثاني لم تؤخذ من تركته ولم يجبر الوارث على اخراجها اليكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهم فالعباد خاصة تقدم ذكرها والله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كاللحج التطوع

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال في المنظومة في كتاب الاقرار في باب أبي حنيفة خلافا لصاحبيه لو تركت ألف وهذا يدعي * دينا وذلك قال هذا مؤدعي والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوضوئيين بأن يجمع بينهما أو الثالث يحتل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها وأوجبات كلها وتطوع يسداً بما دأبه الميت وان اختلطت يسداً بالفرائض قدمها الموصى أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضاً وأوجباً وتطوعاً كما ذكرنا بدئاً بما قدمه الموصى لان الظاهر انه يتدبى بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد (٤٦٧) ولا معتبر بالتقديم في الذكرفانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه

المسئلة حجة لابي حنيفة رحمه الله عليهما أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لا يكون صاحب الحق واحداً وأما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كالأوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان متمزجا بحقين وقوله (ان جاء فيه مامن الوعيد مالم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يصب وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهودياً الحديث

فصل قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو آخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم (فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر انه يتدبى بالاهم وذكر الطحاوي انه يتدبى بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصر عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزبتهما عليهما في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد مالم يأت في الكفارات بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو آخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى على أصل أبي يوسف ومحمد رحمه الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقر في محله ومرفى في الباب السابق أيضاً مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضاً تفصيلاً عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الأهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل انه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى أو آخرها اذ على تقدير ان آخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هناك بالأهم اذ لا شك ان الأهم هو الفرائض فكيف يتمشى هناك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الأهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الأهم هو البداءة في الاعطاء والتلميل لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداءة في الاعطاء والتلميل بما هو الأهم في الشرع وان أخره في الذكر والتلفظ وجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من تنفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الوصى والقاضى ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى أن يقصد بداءة من تنفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الأهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئاً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يتدبى بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو أوجبات أو نوافل بدئاً بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يتدبى بالاهم (أقول) لقائل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الأهم في حقوق الله تعالى ما هو الأقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوى تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

فصل ومن أوصى بوصايا (قوله والصدقة على

الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعمر الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفاً من عداهما من الواجبات والفريضة لثلاث الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله في هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر والافلأوصى بثلثه لانسان ثم به لا خزلزم أن يقدم المتقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به الخبازي فراجع (قوله أجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة
الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية أو الوجوب
أو التفضل فان ظاهر أنه أهمها ما هو أقوى في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصى فان أريد بالأهم في قوله
لان الظاهر أنه يشتد بالأهم ما هو الأهم أي الأقوى في اعتبار الشرع فلان لم أن الظاهر أن يشتد
اذ لا يشتد على كل أحد الى معرفة ما هو الأقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو
النوافل فكيف يجعل ابتدأه بشئ منها لئلا على كونه أقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد
بالأهم في ذلك ما هو الأهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن
يبدأ بما هو الأهم عنده فيكون الظاهر أن يشتد بمفهوم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا لبدء
في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصى في الذكرك مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح
فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الأهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا انضمام
لم يعمل به هناك بل عمل هناك بما هو الأهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصى
أو أخرها فليبتدئ في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها
فقال ثم الوصايا اما أن تكون كاه الله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها
وما لله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والندور
وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا
كلها فان جمع بينها والثالث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصايا كاهها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك
ولكن اجازة الورثة وان لم يحيزوها فان كان كاه الله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ
بعبادته الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات
لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداء بما هو الأهم اه كلامه (أقول) في تقريره
خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يحيزوها ما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات
والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا الجامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو
الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كاه الله
وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بعبادته لان الوصايا التي كاهها فرائض والتي كاهها واجبات
والتي كاهها تطوع قسمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسمي
منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما ياباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها
مهملا متروكا في مقام التفصيل وذلك من مثل أن تكون الوصايا كاهها فرائض أو واجبات أو نوافل والثالث
يحتمل الكل أو لا يحتمل ذلك ولكن اجازة الورثة فان كلامه هنا قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها
ولم يذكر فيما بعد أصلا فيقوئ المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور
انما وقع فيما وقع زيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كاهها ولو سلك في التقرير
مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كاهها فان كان
ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ ليسم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف (قوله)
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض قال الشراح في ذلك أن يقدم صدقة الفطر
على الندور لكونها واجبة بإيجاب الشرع وكون الندور واجبة بإيجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل
والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر) ترك
كفارة الافطار لانها ليست
مقدمة على صدقة الفطر
لثبوتها بخبر الواحد
وثبوت صدقة الفطر
بأنار مستفيضة وقوله
(وعلى هذا القياس
يقدم بعض الواجبات
على البعض) فن ذلك أن
تقدم صدقة الفطر
على الندور لكونها واجبة
بإيجاب الشرع والندور
واجب بإيجاب العبد
والندور تقدم على
الاضحية لوقوع الاختلاف
في وجوبها دون وجوب
الندور

(وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا) يعني قوله لان الظاهر انه يتبدى بالاهتمام وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابد راعيا بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ما قدم فكذا هو ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدق ثم بالخير ثم بالعق ثم بالجهة من جهة من جهة القربة مفردة بالضرب ويقسم على عدد خافاذا قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزم يقسم على أربعة اسهم لان المقصود بجمعها وان كان متخذا وهو (٤٦٩) رضا الله فكل واحدة في نفسها

مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الادمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القربة اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحصة الاسلام أجروا عنه ربعا من بلده يخرج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده وله هذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يخرج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجروا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يخرج عنه لانه امر بالجهة على صفة عدمها فيه غير أن أجوزنا لاننا علم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فأتى في الطريق وأوصى ان يخرج عنه يخرج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يخرج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين علم ذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السير خشي في شرح النكاح فان قيل اذا كانت الوصية بحصة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرقائه منقوض بالعق الموقع في المرض والعق المعلق بعوت الموصى وبالحياة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامنا يقدم على جميع ما روى الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة الحياة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى كما صرح في باب العق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت الحياة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في الحياة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رجه الله تعالى لان العق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبه لان العق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

قال (وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا و صار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فأصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجمعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة فتفرد كما تفرد وصايا الادمين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القربة اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحصة الاسلام أجروا عنه ربعا من بلده يخرج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده وله هذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يخرج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أجروا عنه من حيث تبلغ) وفي القياس لا يخرج عنه لانه امر بالجهة على صفة عدمها فيه غير أن أجوزنا لاننا علم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فأتى في الطريق وأوصى ان يخرج عنه يخرج عنه من بلده) عند أبي حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يخرج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغي أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة في القتل والظهار واليمين علم ذلك على ما ذكر في الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفي غاية البيان قال شمس الأئمة السير خشي في شرح النكاح فان قيل اذا كانت الوصية بحصة الاسلام فينبغي أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) في الجواب نظرقائه منقوض بالعق الموقع في المرض والعق المعلق بعوت الموصى وبالحياة في البيع اذا وقعت في المرض فان كلامنا يقدم على جميع ما روى الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة الحياة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى كما صرح في باب العق في المرض ولولم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت الحياة عند اجتماعهما وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق في الحياة هو العبد وفي حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال في العق الموقع في المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبي حنيفة رجه الله تعالى لان العق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبه لان العق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

(قوله وروى الحسن عن اصحابنا انه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدق الخ) أقول قال السير خشي في محيطة لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها ما تدلى غيره ونفع غيرهما مقصود عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من العق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اه وأنت خير بأن قوله ونفع غيرهما مقصود عليه منقوض بالعق

وقوله (أهـ) ما ان السفر بنية الحج وقع قرب به (الح) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان اخرج ورجع للحج ليس منه ورديان المكفر اذا اطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوبنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول اذا اذنا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مضى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفقته وأما الاطعام

لهما أن السفر بنية الحج وقع قرب به وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيستدعى من ذلك المكان كانه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قرب به فيجوز عنه من بلده وله أن الرخصة تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء الواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به وسقط فرض قطع المسافة بقدره (الح) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به (الح) مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وان اخرج ورجع للحج ليس منه ورديان المكفر اذا اطعم بعض المساكين فأتى وأوصى به وجب الا كمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو وجوبنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الأمر بدليل أن الاول لو بدله في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مضى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفقته وأما الاطعام فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئ كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أججوا عنه وجلا الخ

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به) أقول وقدر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما أن السفر بنية الحج وقع قرب به وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى ية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور وفيبدأ من ذلك المكان كانه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قرب به فيجوز عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وان اخرج ورجع للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء وعنه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام)

فانه يقبل التجزئ حتى ان المأمور بالاطعام اذا اطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئ كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين التجزئ وغيره في الانقطاع الآن يقال التجزئ في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط في التابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه إعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أججوا عنه وجلا الخ

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قرب به) أقول وقدر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما أن السفر بنية الحج وقع قرب به وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى ية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور وفيبدأ من ذلك

المكان كانه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قرب به فيجوز عنه من بلده وله أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة وان اخرج ورجع للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء وعنه يحج عنه من بلده فهنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام)

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال (ومن أوصى بجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة وقالاهم الملاصقون وغيرهم من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة به. هذا الجوار ولانه لما تعدد تصرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لاصلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستجابته ينتظم الملاصق وغيره لانه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

باب الوصية للاقارب وغيرهم

آخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهه كاستدأما الاول فلا أن الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه وأما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب على الثانى يعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجية الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بالارباب وأما الثانى فلان الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجية الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم وبالم ينفصل عنه هناك علم ان اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعدد تصرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أو ضحه في السكا في حيث قال ولانه لما تعدد تصرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية تصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعدد تصرفه الى الجميع يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لاحقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعدد تصرفه الى الجميع تعدد تصرفه الى أهل مسجد محله كما قاله الامامان حتى يتعين تصرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستجابته ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من إيصائه لجيرانه الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتناول العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهه كاستدأما الاول فلا أن الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجى أى لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه وأما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضرورى ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب على الثانى يعنى لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجية الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجى لا يدفع ذلك بالارباب وأما الثانى فلان الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجية الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم وبالم ينفصل عنه هناك علم ان اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعدد تصرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أو ضحه في السكا في حيث قال ولانه لما تعدد تصرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية تصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعدد تصرفه الى الجميع يعنى لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شئ من ذلك لاحقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلة فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتى في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعدد تصرفه الى الجميع تعدد تصرفه الى أهل مسجد محله كما قاله الامامان حتى يتعين تصرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستجابته ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من إيصائه لجيرانه الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

*(باب الوصية للاقارب

وغيرهم)*

(قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجية الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل

من الاقارب والجيران خصوصية تستدعى الاهتمام فنبه على أعمية كل من من وجهه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجمال والجيران في التفصيل

وترويه (وما روى فيه ضعيف) يعني (٤٧٣) ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات إشارة إلى

الجواب الأربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان سمح كان نفسه في الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذي قال

محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول أبي خنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يعلكون المسكن ومن كان ماله كما ولم يكن ساكنا لا يدخل قال أبو بكر بن شاذويه هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي خنيفة وليس كذلك فإنه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو المالك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد بالتحاد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لا قريباء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة

الاول فلا يكون العمل هذا العمل دلالة لاننا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ماله من ذي رحم محرم منها كرام الله او كانوا يسمون اصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولومات الموصى والمرأة في نكاحه أو في عتقه من طلاق ربحي فالصهر يستحق الوصية

الاول فلا يكون العمل هذا العمل دلالة لاننا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لا طلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ماله من ذي رحم محرم منها كرام الله او كانوا يسمون اصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولومات الموصى والمرأة في نكاحه أو في عتقه من طلاق ربحي فالصهر يستحق الوصية

المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولما قال أن يقول لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيجمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصى صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذا العبرة بوقت الموت فان الخلاف بينهما غير حقيقي وأيضا الوصية بد العبد ثم مولاه لان العبد وما عاكه لمولاه فسكاه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شق كلامه غير صحيح أما الاول منهم ما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فحين كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقة الاحالة وأما الذي كان عبدا وقت ايجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعه لاننا صار حرا في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصى صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بل لا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلا أنه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شيء للعبد عليه كما مضى الى الموت فملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه ثانيا بل معناها تملك شيء لمولى العبد كما هو الحال في سائر التملكيات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم أن يكون العبد أهلا لملك نفسه ابتداء ولم يقل به أحد فان كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التملك تملك لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكاه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لا قريباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل

(قوله إشارة الى الجوانب الأربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار الى الجوانب الثلاثة لا اثنين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول

من الخبايا (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبي بكر بن شاذويه (قوله وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذي) أقول لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر

لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بان يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختائه) يعني ان الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرهما وعلى محارم الأزواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكر والإناث كلهم في خمسة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لأقاربه) يعني تصرف إلى الاثنين فصاعدا الاقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الأب أو الأم غير الوالدين والولد إذا لم يكونوا وارثين عند أبي خنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصى إذا كان (٤٧٣) عليا فعلى القول الأول أقصى الأب على

فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الأب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فدخل فيه أولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح إلى قوله ولا يعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه وهو جواب عن قوله ما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسمان قامت به فينتظم المذكور فيه اثنان فكذلك في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يخص بنى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء من سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا ان القريب في عرف السان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الولاد والولد بنسبه لا بغيره ولا يعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الأب في الاسلام وعند الشافعي بالأب الأدنى

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختائه) فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الأزواج لان الكل يسمى ختناقيل - هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد والأقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لأقاربه) فهي الأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنتين فصاعدا وهذا عند أبي خنيفة وقال صاحبها الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم وأول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لهم - ما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسمان قامت به فينتظم بحقيقة مواضع الخلاف وله أن الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذلك في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يخص بنى الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون أقرباء من سمي والده قريبا كان منه عقوقا وهذا ان القريب في عرف السان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الولاد والولد بنسبه لا بغيره ولا يعتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى الأب في الاسلام وعند الشافعي بالأب الأدنى

بيت المرأة اه واقتنى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبها العناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلامهم ليس من أقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الإجماع والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج أخته والاختان اصهار أيضا اه تدبر (قوله) وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذلك في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الأحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم بخلاف ولاوارث بينهم - ما لا اختلاف الدينين على ما تقر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

(قوله لان الصهر في اللغة يعني بمعنى الختن ايضا) أقول بدليل قولهم لكل أبي بنت اذا ماتت عرعت ثلاثة اصهارا اذا عدد الصهر فأولهم خدروثانهم امرؤ وثالثهم قبر وخيرهم القبر

(٦٠ - تكمله ثامن) اه من شرح الزيارات للعتابي (قوله فصاعدا الاقرب) أقول يعني يقدم الأقرب فالأقرب وبالجملة فيه شرائط الأول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والأم وال خامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحبها الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوى فيه الأقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أو ولاده بالثالث والفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبر هنا

(واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان) يعنى وله ولد وبكر من ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما أجبه له من القمود على مذهب أبى حنيفة وقوله (لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية) يعنى لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن فى هذا جعل عدم الميراث من حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينه ذلك لانه لئلا أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لانه اذا كان معه عمن كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه (٤٧٤)

قال (واذا أوصى لأقاربه وله عمن وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبار الاقرب كفى الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هم الا يعتبران الاقرب (ولو ترك عمن وخالين فلم نصف الوصية والنصف للخالين) لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان فى الوصية كفى الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عمن وخال وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهى أقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهى مستحقة للوصية كالأول كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذى قرابته أو لأقربائه أو لانسبائه فى جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعقد المحرم بطلت الوصية لانها مقدمة هذا الوصف قال ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته عند أبى حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم ونضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى واتنوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

الورثة اياها على ما تقر فى محله عند أبى حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقائل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرحوا به وكذا امر فيه أنفاقى مسألة الابصاء لاختنا أنه يستوى فيه الحر والعبد والاقرب والابعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوى فى الميراث الاقرب والابعد على ما تقرر وان أراد ان الوصية أخت الميراث فى بعض الاحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذا خصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القليل بل هو أول المسئلة ثم ان أبى حنيفة رحمه الله لم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث فى مسئلتهنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والانثى والمسلم والكافر كما قال به أصحابه على ما نص عليه الامام الزيلعى فى التبيين حيث قال ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين اهـ وقد أفصح عنه فى الكافى وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوى مع الحر والمسلم وأما الانثى فانه وان ورثت الا أنها لا تستوى مع الذكور فى الاستحقاق البتة فلم يعتبر الاخوة بين الوصية والميراث فى هاتيك الامور فى مسئلتهنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبى حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفتن له فلم يتعرض فى الاستدلال على قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة لمحدث الاخوة بين الوصية والميراث بل استدلل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كالا يخفى على الناظر فى كتابه ذلك (قوله وله ان اسم الأهل حقيقة فى الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول فى الاسئلة مشهاد بقوله تعالى وسار بأهله

ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا وأجيب بأن ذلك غير لازم لان اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذر فتحه بين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتعقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف مالهما واذا أخذ العلم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفى قولهما الثلث بينهما اثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهى أقوى) أى قرابة العمومة أقوى من قرابة الخولة وقوله (والعمة وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العسوبة ويقدم العم على الاخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم فى الدرجة وعدم استحقاقها العسوبة لوصف قام بها وهو الانوثة لا يخرجها عن مساواتها

العم فى استحقاق هذه الوصية كالعمر الرقيق أو الكافر لما ان حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف فى القرابة وقوله (لانسبائه) الانسباء جمع النسب وهو القريب كالانصباء فى جمع النصيب وقوله (فى جميع ما ذكرنا) يعنى من القمود المذكورة على قول أبى حنيفة خلافا له ما قال (ومن أوصى لأهل فلان فهى على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبى حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الاحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى واتنوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه وأهله الامراته وله ان الأهل فى الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غير جامع امكان العمل بها

قبل في الاستدلال بهذه الآية نظراً لأنه خاطب بلفظ الجمع بقوله أمكنوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقربه من ضمتهم نفقته فإن كان معه من الأرقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها إلا بطريق معرفتها السماع كما عرف في الأصول وإنما استشهد بالآية تأنيساً فإن ثبت أن ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كآيات التي استدلت بها وقوله فلان تاهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم إليه وقوله (لأن الإنسان يتجنس بأبيه) فإن إبراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا بالخلافة وإن كان أكثرهم من الأماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الأم وقوله (ولو أوصى لا يتم فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعيمان والزمن معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة من أرمل إذا افتقر من الرمل كدفع من الدقعاء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الأول حيث قال ذكورهم وانا ناهم وهو اختيار الشعبي فإذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قومًا يحصون أو لا فإن كان الأول وحدًا لاحتسابه عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الاحتساب ولا حساب فان احتجج إلى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد إذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الأيسر وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم وانا ناهم لان الوصية (٤٧٥) عليك وتحقق التملك فيهم يمكن

وان كان الثاني فالوصية
لأنقراء منهم لمأذكره في
الكتاب وهو واضح

(قوله قيل في الاستدلال)
أقول القائل هو الاتقاني
(قوله على أن الحقائق
لا يستدل عليها) أقول ان
أراد أنه لا يستدل عليها
بالقياس فسلم ولكن
ليس الاستدلال عليها
بالآية الكريمة كذلك
بل هو من قبيل السماع
وان أراد مطلقاً فغير مسلم
(قوله كالات التي
استدل بها) أقول منها
ما ذكره في الكتاب ومنها

ومنه قوله تاهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الال القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الاب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو بنسبه فالتنسب عبارة عن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الانسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الأم والاب ولو أوصى لا يتم بنى فلان أو لعيمانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قومًا يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم وانا ناهم لأنه أمكن تحقيق التملك في حقهم والوصية عليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القرية وهي في سد الخلة وورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقيق الحاجة فجاز جعله على الفقراء

نظر لانه اغنايدل على أن لفظ الاهل يطابق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على أنه لا يطابق على غيرها أيضاً بطريق الحقيقة إذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز إطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا يرى انك اذا قلت رأيت انساناً ففعل كذا وأردت بالانسان هنالك فرداً مخصوصاً من أفراد لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجه بل يجوز أن تناول غيرها أيضاً كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى

فجنيناه وأهل الأامراته ومنه ما وهب الله لأهله ومنهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل إلا أن المال لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل طرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكي اليتيم صغير لا أب له وفي الجامع الكبير لشمس الأغة فان قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيماً أي طالب قلنا هذا الطيف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناولهم سبهم كالبسبون مذموماً وهو ليس كذلك بل كان محمداً عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلاً كان أو امرأة) أقول في المحيط الارمل كل امرأة فقيرة بلغت فارقهاز زوجها أو مات عنها أدخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم والذكري يسمى أرملًا مجازاً اخلاقاً فالشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشذوذ ومطلق الكلام يحتمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم وانا ناهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر إلى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض إلى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا الجواب ان كان الاول

وقوله (بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أولا يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه إشارة إلى أنهم إذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغنى والفقر وهل يدخل الذكرو والانثى في الايامي دخوله في الارامل أولا قال الكرخي يدخل لان الأيم هي التي لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هي الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما طلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تعليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم أكثرهم فيبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفقى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى أن يغلب الشيب فينشد يكون شيئا وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعني اذا أوصى لبنى فلان فلا يتخلوا ما ان يريد مفهوما الاضافي أو يكون اسم قبيلة أو خذقات كان الاول لم يدخل فيه الاثنا عند أبي حنيفة رجع اليه وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما اذا كانت الثابت منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاثنا وقد عرف في موضعه ووجه قوله الآخر ان حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاثنا يجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثاني يتناول المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاءهم بقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أبنا خاصا أو خذافان كان (٤٧٦) الاول فالوصية تتناول الاولاد دون أولادهم الذكرو والانثى عند الانفراد

بخلاف ما إذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أولا يابى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما يثبت عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تعليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا بالمعنى الجمع وأقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثنا في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاثنا ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاثنا يجوز والكلام لحقيقة بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو خذ حيث يتناول الذكور والاثنا لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالات وحلفاءهم قال (ومن أوصى لولد فلان) فالوصية بينهم والذكرو والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا

والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الأولاد وأولاد الأبناء رواية واحدة وفي أولاد البنات واثنان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد

وسار بأهله فيه نظر لانه لم يرد في الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لأهله امكنوا ألا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اه وأجاب عنه

ولو ولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم قال القدوري والصحيح أنهم لا يدخلون وذكره (ومن الحقيقة والحجاز كما ذكرنا وان كان الثاني يدخلون وان كن الصلبي قائما لان فلانا اذا كان خذا فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتمكون من ادة فتدخل بخلاف ما اذا كان أبنا خاصة فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون من ادة

قال المصنف (وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين) أقول بخلاف لما سبق في باب الوصية بثلاث المال فيما اذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين الا أن يكون هذا قول محمد ثم رأيت في غاية البيان أن المسئلة مختلفة فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاثنا في قول أبي حنيفة أول قوله وهو قولهما) أقول وفي الكافي بخلاف لما في الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو لذكور لا غير عند أبي يوسف وهو قول أبي حنيفة آخر اعتبارا بالحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاثنا وهو قول أبي حنيفة أولا اه فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله في أولادكم) أقول أي يورثكم فان ولدا ابن يدخل في الميراث مع البنت الصلبة والجواب أنه دخل في الميراث مع البنت بدليل آخر كذا في معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للبنت صبي وكان له ابن ابن وابن وابن وابن وبنات ابن مثلا يكون المال بينهم بالذكور مثل حظ الاثنين بينهم لانه لا ية فعلم أن الاولاد يتناول اولاد الاولاد لان فلانا اذا كان خذا فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له في كون أولاد الاولاد من ادة اذا كانت معنى مجاز بالاولاد اذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال اذا كان فلان خذا يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما اذا كان أبنا خاصا فليست

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبني على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يميز ذلك
فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزه وكذلك هذا المروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن
لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بني الأعيان وبني العلات وبني الأخیاف وليس بظاهر لأن معنى الأخوة
في الجميع واحد وهو استعمال صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه فكان في
أحدهما معنى الفاعل وفي الآخر معنى المفعول وإلى ما أشار بقوله أن الجهة مختلفة وقوله (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة
النفى كذا في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للشترك لافي النفى ولا في الإثبات وأجابوا عن مسألة
الخلف بترك الكلام مع المولى مطلقا ليس لوقوعه في النفى بل الحامل (٤٧٧) على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير

بذلك المعنى كالشيء وقد
قررناه في التقرير بمستوفى
بعون الله وتأييده فإن
قبيل سلمنا أن لفظ المولى
مشترك لكن حكمه
التوقف فكيف قال فالوصية
باطلة أجيب بأن الكلام
فيما إذا مات الموصى قبل
البيان والتوقف في مثله
لا يفيد فإن قبل الترجيح
من جهة أخرى يمكن وهو
أن تصرف الوصية إلى
المولى الذي أعترفه لأن
شكر المنعم واجب وأما
فضل الانعام في حق المنعم
عليه فمندوب والصرف
إلى الواجب أولى منه إلى
المندوب كما هو المروي عن
أبي يوسف بهذا المعنى
أجيب بأنهم معارضة بجهة
أخرى وهو أن العرف جار
بوصية ثلث المال للفقراء
والغالب في المولى الأسفل
الفقر وفي الأعلى الغنى
والمعروف عرفا كالشرط

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقه فالوصية
باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه أن الوصية لهم جميعا وذكروا في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا
أن الاسم يتناولهم لأن كلامهم يسمى مولى موار كالأخوة ولما ان الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى
مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمه ما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف
ما إذا حلف لا يكلم مولى فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفى ولا تنافي فيه ويدخل في
هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد
الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقربه من
ضمهم بفقته فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة
أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب العناية فإن حاصل نظره القدح في الاحتجاج لابي
حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على أن ما وقع في سياق من خطاب الأهل باللفظ الجمع يأتي كونه
المراد بالأهل هنالك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب
العناية حواشيها تأمل تفهم فالظاهر في تعديل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث
قال ولا يثبت حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان
لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اه تبصر تنقف
(قوله) ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة
الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله (أقول في التعديل) كلام لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد
الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا إذ يلزم حينئذ أن يكونوا
أرقاء في حالة تضاف الوصية إليهم وهي حالة الموت فإن الممرض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون
إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرفيق بشئ غير رقيقته لا تجوز كما نصوا عليه وقدم في الكتاب
أن الوصية لأمهات الأولاد يثبت ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبته لأن الوصية بالرقبة
عتاق والوصية لها لا تجتمعا أن تكون اعتاقا لأنها تعتق بموت مولاها وان لم تكن عتق وصية أصلا كما

وطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة
لمرض ولا يدخل مدبره وأمها وأولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء بالعلية يعقبه وجود أو الوصية تضاف
إلى الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجب فيه ما

أوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير (أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى
قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظرا لأنه نفى إلى جواز إرادتهم ما فيما يصح الجمع بينهم ما لو لساننا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه
الكلام منزولا بدلالة اليمين إلى مجاز بينهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل
في ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لأن سبب الاستحقاق (الزلم) أي ثابت مستقرا لا يصح الأول لأنهم لا ينسبون إليه بأولادهم نفس الاستحقاق بل بالأحياء الحاصل بالعتق وذلك أنما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الإيضاح يعني بالاجماع عند قال له مولاهم وهو وانحزوا أوسى (٤٧٨) لمواليه وله موال وأولاد الموالى وموالى الموالاة دخل معتقوه وشوغلهم

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عند قال له مولاهم أنما لم ينسبوا بالزلم لأنه متفق الذي ياتر في آبائهم والقرع أجزاء الأصول فكان الإطلاق حقيقة فيهم كافي أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من نفي فلان وأولادهم لأن الذي عن القرع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بنى فلان وإنما هم بنو بنيه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالى الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح بقوله (والاعتاق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب طلاق الوصية كالمولى لأعلى والأسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به إلا المتكسر قرينة على هذه المعنيين وهما قرينة بين أحدهما وهو أن لاء الاعتاق بمنزلة النسب بحتمل الفسخ بعد ثبوته لاء الموالاة ضعیف تلف فيه بين العلماء به علة يحتمل الفسخ بتحقيق المراجعة بينهما لم يكن له الاموالى الموالاة الثالث لهم لأن الحقيقة

حقيقته الشراح هناك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كاذ كروه هناك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكره وانك غير متمش ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار إليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شر كاء لان الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى أن تناول الاسم لأعلى والأسفل بطريق التواطؤ وليس بأبعد من كون هذا تناول كذلك فالعجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) ان أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هناك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هناك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لاقوله مطلقا كما يشير إليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد إليه أيضا أن شمس الأئمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كاذ كرتفصيلة في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجوز أبي يوسف تناول الاسم لكل في المسئلتين معام كونهما مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز تناول الكل في هذه المسئلة دون الأولى ومفاسد قوله التدبير والتبعية مما يضيّق عن الاحتاط به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما إذا لم يكن له موال وأولاد الموالى لان اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما إذا لم يكن له موال أى موالى العتاقة ولا أولاد الموالى أى ولا أولاد موالى العتاقة يعني حيث ذللت الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الاموالى الموالاة كان الثالث لهم لان الاحق اذ لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتضى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراك بينهما وبينوا مراد المصنف هناك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب إليه صاحب النهاية

لم تمكن ويجب العمل بما جاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء له وهو ان لاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لان الحقيقة اذ لم تمكن يجب العمل بالجار) أقول بخلاف لما ذكره آنفا من القول بالاشتراك الآن بيني على التسليم والتزول

ولو

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لا يولد الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما إذا وصى لموالياه (موال أعنتهم) هكذا وقع في النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعنتهم أبوه أو ابنه لأن التعليل يطابق ذلك دون المذكور في الكتاب وهذا لأن الحقيقة هو أن يباشر اعتناق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتناق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد في حق موالى الأب والابن فعل الاعتناق ولا تسببه فقلنا لهم لا يدخلون في هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع في النسخ لأن الذين أعنتهم موال له حقيقة وقوله (وانما يحجز ميراثهم بالعصوبة) جواب عما روي عن أبي يوسف أن موالى أبيه تدخل اذامات أبوه وورث ولا عهم لانهم مواليه حكموا وهذا يحجز ميراثهم ووجه ذلك ان احراز الميراث ما كان لكونهم موال له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق في حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لغة كاهمة (٤٧٩) النسب لا يباع ولا يوهب ولا

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا بمواليه لاحقيقة ولا بمجازا وانما يحجز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله في التعليل لان اللفظ لهم مجازا فلاشأن أن اللفظ المشترك حقيقة في كل واحد من معنیه أو معنایه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثالث لموالى الموالى حينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباطا وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجازا الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح في الكافي بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفي غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا وكأن صاحب النهاية انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى لكن التعليل المذكور ههنا وهو قوله لان الأحق اذا لم يوجد وجب العمل عادونه مطابق للمسئلة غير آب عنها فانه لا يتنافى الاشتراك لجواز أن يكون أحدهم معننى المشتركة أحق بالارادة من الآخر لا من مرجح وان كان اللفظ حقيقة في كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما سبق وقوله والاعتناق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر في الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل بأباه جسدا كما بيناه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالتغا في حق النصف والمصير الى عموم المجاز لمخلص معروف في دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل في عتقه أعظم من أن يكون بطريق المباشرة كما في معتق نفسه أو بطريق التسبب كما في معتق معتقه فليتام الله والله أعلم

يورث وهو نص صريح في عدم الانتقال فكان نظري في العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور في الايضاح لانه ثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موالى أعنتهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعنه تدبى حنيفة لم ينسب اليه بالولاء لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعند ههنا ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض

الشارحين أن النسخة في قوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم بآيات افضة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعنتهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولا حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا بمواليه أصلا ولكن ينبغي أن يكون هذا على مذهبهم لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند تمام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب في الموضوعين وان كان فيه بعد من حيث الارادة على مذهب ما خاصة والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليم ما بقريئة صيغة الجمع وانحصار المعتق في الواحد وجوابه أن الاشخاص وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع في معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه ثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل ثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبي حنيفة كالمكاتب

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها واضعاً قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح ويقيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما اتمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما وبين الارث لان الوصية تعتمد التملك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد المات) لان الموت (٤٨٥) لا يزيلها والارث خلافة (فيما تملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض

باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبداً) لان المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد المات لحاجته كافي الاعيان ويكون محجوباً على ملكه في حق المنفعة حتى يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم مالك الواقف وتجوز مؤقتاً وموئداً كافي العارية فانهم اتملكت على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يملكه المورث وذلك في عين تبق والمنفعة عرض لا يبق وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشمله ما قال (فان خرجت رقة العبد من الثلث يسلم اليه لخدمته) لان حق الموصى له في الثلث لا يراجه الورثة (وان كان لامال له غيره خدام الورثة يومين والموصى له يوماً) لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كافي الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا ينجزاً فصرنا الى المهياة ابقاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاً لا لانتفاع لانه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهم مازماناً واذناً وفي المهياة تقديم أحدهما زماناً ولولا قسموا الدار مهياة من حيث الزمان تجوز أيضاً لان الحق لهم الا أن الاول وهو الاعدل أولى وايس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلث الدار وعن أبي يوسف رجه الله أن لهم ذلك لانه خاص ملكهم

باب الوصية بالمنافع

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجوداً فأخرها عنها واضعاً كذا في الشروح (أقول) فيه شيء وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالتمرة لان التمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عنونا وأحكاماً فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه بيناء الكلام على الاكثر يبق تأخير الوصية بالتمرة خالفاً عن بيان التكتة كما لا يخفى (قوله الا أن الاول وهو الاعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهياة باختيارهم فالتأخير بسقط حقه فلا تبق الاولوية الا بالارام الحاكم حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسد ليدلان اسقاط التأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره بل يجوز أن يكون مع الكراهة لانه يدعوا اليه فكيف يساوى هذا اسقاط حقه كلاً كافي الاول ثم انسلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الانتفاء الظالم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول أعدل منه

لا يبق) وإذا حازت الوصية بمنفعة العبد حازت بغلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملها) يعنى المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبداً أوجعل ذلك زماناً فان كان الاول وخرجت رقة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه لخدمته وان لم تجز الورثة خدام الورثة يومين والموصى له يوماً الى أن يموت وان كان الثاني فاما أن عين سنة مثلاً أن يقول سنة ست وسبعين وسبع مائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى

الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان

لا يخرج ولم تجز الورثة بخدمة الموصى له يوماً والورثة يومين حتى تضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يردده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة بخدمة الموصى له يوماً والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يردده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنده

قال (فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة) اذ مات الموصي له عاد الموصي به الى ورثة الموصي (لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي
 المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الحكم الى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يملكه
 المورث وذلك في عين تبقّي والمنفعة عرض لا يبقّي لكن يجوز أن يستحقها ذلك لأنه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك
 لا يجوز (ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أي في فصل اعتبار حالة الوصية
 في بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب (٤٨٩) عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده

أوداره) فاستخدم العبد
 الموصى بغلته الموصي له
 بنفسه أو سكن الدار الموصى
 بغلته بنفسه اختلف
 المشايخ في ذلك على ما ذكره
 في الكتاب وهو واضح وقوله
 (وليس للموصي له بالخدمة أن
 يؤجر العبد والدار) واضح
 سوى ألفاظ تذكرها (قوله)
 اعتبارا بالاعارة فانها غلّة
 بغير بدل) قد تقدم في باب
 العارية وفي الحقيقة هذا
 المعنى راجع الى الأصل
 المقرر وهو أن الشيء لا يتضمن
 ما فوقه وقوله (الأن الرجوع
 للمتبرع لا غيره) جواب
 عما يقال الوصية وان كانت
 غير لازمة ابتداء لكنها
 نصير لازمة بعد الموت
 لعدم قبولها الرجوع
 حينئذ ووجه ذلك
 ان الاعتبار للوضوعات
 الأصلية والوصية في وضعها
 غير لازمة وانقطاع الرجوع
 بموت الموصي من العوارض
 فلا معتبر به

وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في سكني جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من
 الثلث وكذلك له حق المراجعة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فنعوا
 عنه قال (فان كان مات الموصي له عاد الى الورثة) لان الموصي اوجب الحق للموصي له ليستوفي
 المنافع على حكم ملكه فلما انتقل الى وارث الموصي له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير
 مرضاته وذلك لا يجوز (ولومات الموصي له في حياة الموصي بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على
 ما بيناه من قبل (ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنه بنفسه قيل يجوز ذلك لان
 قيمة المنافع كغيرها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنائير وقد وجبت
 الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه
 من الغلة بالاسناد منه بعد استيفائها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصي له
 بالخدمة والسكني أن يؤجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تأمكها
 من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها باحة على أصله وليس بتملك
 ولنا أن الوصية تملك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تأمكها ببدل اعتبارا بالاعارة فانها
 تملك بغير بدل في حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تملك ببدل كذا اذا توحيقه
 أن التملك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع
 غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا غيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو في
 وضعه بغير لازم

للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الاعدأ أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصي له ثابت في
 سكني جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث اما أولا فلا لانه
 منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقسمها الموصي له مع الورثة على الثلث
 والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي تلك الدار بخلاف مع جريان هذا الدليل
 هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصي له ثابت في عين جميع الدار بأن ظهر لليت مال آخر وتخرج
 الدار من الثلث وأما ثانيا فلا لأنه ان كان حق الموصي له ثابتا في سكني جميع الدار بمجرد احتمال
 ظهور مال آخر لليت وخروج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا في سكني جميع
 تلك الدار أولا فان كان الاول مسلما أن يثبت في سكني جميع الدار الواحدة في حالة واحدة حقوق
 أشخاص واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة في جميع محل واحد في زمان
 واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثاني يلزم أن
 لا يقسم عين الدار بين الموصي له والورثة ثلثا لثلاثا لا انتفاع وأن لا يقسم الدار بينهم مهاباة من حيث الزمان

قال المصنف (وجه
 الظاهر أن حق الموصي له
 ثابت في سكني جميع الدار

(٦١ - تكمله ناهن) بأن ظهر لليت مال آخر) أقول قال النكاكي ويعتبر بهذا الاحتمال لانه نشأ من
 دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بحجبه
 منافعها احترازا عن المحرم شرعا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصي له) أقول قوله الموصي له فاعل استخدم
 قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كغيرها في تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للقيام كان أن يقول لان عين المنافع
 كغيرها لانه قلب تنبيه على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليتأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعني بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه
 باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل واجب بان كلام المصنف في
 الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية به او منفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث)
 احتراز عما اذا لم يخرج فانه ليس له (٤٨٣) الاخراج الى اهله الاباجارة الورثة وقوله (واذا كانوا في غيره) أي في غير

ولان المنفعة ليست عمال على أصلنا وفي عليكها بالمال احداث صفة المالية فيه لتحقيق المساواة في عقد
 المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملوكا
 لها بالصفة التي يملكها أما اذا غلبت مقصودة بغير عوض ثم يملكها بعوض كان مملوكا أكثر مما يملكها
 معنى وهذا لا يجوز وليس للموصي له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصي له وأهله في غير
 الكوفة فيخرج به الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف
 من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده أن يتمكن من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر
 واذا كانوا في غيره فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز
 أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو ذنانير
 فكان بالجواز أولى ولولم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة
 بالاجزاء فلما أراد الموصي له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثه لم يكن له ذلك إلا في
 رواية عن أبي يوسف فانه يقول الموصي له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصي له إلا اننا نقول
 المطالبة بالقسمة تنبني على ثبوت الحق للموصي له فيما يلاقيه انقصة اذ هو المطالب ولا حق له في عين الدار
 وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولا خير رقبته وهو يخرج من
 الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة علم صاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما
 عطفهما لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

من الموصي وقوله (ولو
 أوصى بغلة عبده أو بغلة
 داره) فله علم جواز فيها
 تقدم من طريقين ولعله
 ذكره تنبيه القول (ولو لم
 يكن له مال غيره كان له
 ثلث غلة تلك السنة) يعني
 اذا لم تجز الورثة كانت الوصية
 بغلة عبده سنة وتذكر
 الضمانا ما يتأويل المال
 ونظرا الى الخبر وقوله
 (لانه عين مال يحتمل
 القسمة بالاجزاء) وكل ما هو
 كذلك تعلق الوصية بثلاثه
 ان لم يخرج من الثلث
 وفيه اشارة الى الفرق بينها
 وبين الخدمة فان العبد
 لما يحتمل القسمة بالاجزاء
 صرنا الى قسمة استيفاء
 الخدمة بطريق المياة الى
 ما يستوفى خدمته سنة
 كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو
 أراد الموصي له قسمة الدار)
 ظاهر الى قوله (عطفهما
 لاحدهما على الآخر)
 ومعنى ذلك أنه عطف قوله
 والآخر برقبته على
 قوله أوصى له بخدمة عبده
 (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة
 العطف (بحالة الانفراد) أي

اثلا لثبوت حق الموصي له في سبكي جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة في ذلك على الفرض مع
 أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا في الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبع المالك الرقبة
 أولن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملوكا لها بالصفة التي يملكها) قال في العنايه واعترض عليه
 باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعة تبع المالك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له ان يملكها ببدل
 وأجيب بأن كلام المصنف في الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك
 فلا يكون واردا عليه اه (أقول) الجواب منطوقه لانه كون كلام المصنف في الوصية لا يقتضي
 كون مراده بالمنفعة المذكورة في مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية به فان مقدمات الدليل لا يلزم
 أن تكون مساوية للدعي بل لا بد من كمية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الأول
 وههنا كذلك انما حصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قيميل المنافع والمنافع ليست عمال على
 أصلنا وما ليس عمال في عليكها بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيق المساواة في عقد المعاوضة وما
 في عليكها احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن يملكها تبع المالك الرقبة أو لمن
 يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملوكا لها بالصفة التي يملكها ولا يكون مملوكا أكثر مما يملكها فانه لا يجوز
 شرعا ولا يذهب على ذي مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية
 كمية كل واحدة منها في نفسها لا بحال لتقييد شيء منها بما يخرج به منفعة الحر لو قوعها في محل

بحالة انفراد احد الوصيتين عن الاخرى فلا تحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما ثم

(قوله وتذكر الضمانا ما يتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعني من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد
 منهما شيئا معلوما عطفهما) أقول أي من محمد أو من الموصي فانه عطف قوله ولا خير رقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا
 في شرح الكافي والأقرب عندي هو الثاني (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول يعني ان محمد اعطف الخ

وقوله (ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبیان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصي له) من غير اشتراك (فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصي لهما (اذا الرقبة أخت الميراث من حيث ان الملك فيه ما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص وبقبته لا خرا ما ان يكون أدرك احد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفقته على الموصي له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان الاتفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتكمن من استخدامه بالاتفاق عليه اذ العبد لا يتنوى على الخدمة الا بدوان أبي الاتفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير (٤٨٣) مع المعبر وان جنى جنابة فالغداء

على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجنابة فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أى لهذه المسئلة (تطاهر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولا شيء) لصاحب الظرف) وهو الامه والخاتم والقوصرة (في المظسروف) يعني الولد والنص والتمر (في هذه المسائل كلها) اما اذا كان أحد الابحايين موصولا بالآخر فبالاتفاق واما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كافي وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدله أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعقول على قول محمد

ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة فالوصى بالرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصي له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيه ما بعد الموت ولها انتظار وهو ما اذا اوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو اوصى لرجل بخاتم ولا خير بقصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظسروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الابحايين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامه للموصي لهما والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامه للموصي لهما دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلتزم بشئ في حال حياة الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كافي وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما سحت الوصية لصاحب الخدمة كالبیان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصي له من غير اشتراك فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصي لهما اذا الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيه ما يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبیان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس يستديد والحق أن يقال كالبیان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما سحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص وبتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولها مالهما لفظا واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الاجلها من ان اسم الجارية لا يتناول الجمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعافاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ويلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعافا لهذا الواقع بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء ويكون الحلقة والفص جميعا للقره لان الاستثناء تصرف في الملقوط بل انما المراد بهما بتناول اسم الخاتم للنص واسم الجارية لما

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول

والصواب في أخواتها هو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر وكذا في شرح الكاكي قال الاتقاني أراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شيء يشبه هذا بما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالف لما أسلف في الوصية بجارية الاجلها فراجع ما ملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

قال (ومن أوصى لا خير بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدي إلى ما يحدث
على وجوده ثلاثة في وجه يقع على (٤٨٤) الموجود وأحدث ما عاش الموصى له ذكر الأبد أو لم يذكر كالتوصية بغلة

ومن أصلنا أن العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الاحتاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في النص
وصيتان وكل منهما وصية بالإيجاب على حدة فيجعل النص بينهما نصفين ولا يكون الإيجاب الوصية فيه
لثاني رجوعا عن الأول كما إذا أوصى للثاني بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لأن اسم الرقبة لا يتناول
الخدمة وإنما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فإذا أوجب الخدمة لغیره
لا يبقى لأوصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين
أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لا خير بثمرة بستانه ثم مات
وفي ثمره فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن
أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق أن الثمرة اسم للوجود عرفا فلا
يتناول المعدوم الأبد لأنه لا يتأبد لا يتناول المعدوم والمعدوم
مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة فمنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال
فإن يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت يتناولها معارفها غير موقوف على دلالة
أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد قال (ومن
أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها
من اللبن وما على ظهرها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لأنه إيجاب عند الموت
فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ

في بطنها تناولها معالها ما تبع عند الإطلاق فترفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا أن
العام الذي موجه ثبوت الحكم على سبيل الاحتاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم في اللفاظ
المذكورة في هاتيك المسائل لأن الحلقة والفص بالنظر إلى اسم الخاتم وكذا الجارية وما في بطنها بالنظر
إلى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر إلى اسم القوصرة بمنزلة الأجزاء المدلولات هذه الأسماء
لأجزاء معينات لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما في بطنها وحده ولا
معنى القوصرة على ما في القوصرة من مثل الثمر وحده على أن الكلام في وصية خاتم بعينه وجارية بعينها
وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئ خاص فكيف يتصور فيها العموم بقوله ومن أصلنا أن العام بمنزلة
الخاص بمنزلة الغوهمها كما لا يخفى (قوله بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل
التخصيص أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) أقول فيه شيء
وهو أنه قد تقر في كتاب الأقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا
غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص في الخاتم والخلة في البستان والبناء في الدار فما معنى قوله أو
الاستثناء في قوله لأن ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا
أو بأولادها أو ببناتها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضرعها من اللبن وما على ظهرها من الصوف
يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول في تحريره هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فإن
الإطلاق المستفاد من قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال
ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فلا ولي ما ذكر في الكافي حيث ترك فيه قيد أبدا في صدر المسئلة
أو ما ذكر في البداية حيث ترك فيها قوله في ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل نذر (قوله لأنه إيجاب عند
الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن أن هذا التعليل ينتقض بما

بستانه أو أرضه أو سكنى
داره أو خدمة عبده فإن
العرف فيها جار على الأبد
وبعتبر خروجه من الثلث
وفي وجه يقع على الموجود
دون الحادث ذكر الأبد أو لم
يذكر كالتوصية بالصوف على
ظهر الغنم والولد في بطن
جاريته واللبن في الضرع
لأن المعدوم من هذه
الاشياء لا يستحق بوجه ما
وفي وجه أن ذكر الأبد يقع
على الموجود والحادث
كالتوصية بثمرة بستانه وإن لم
يذكر فإنه كانت الثمرة
موجودة قبل الموت تناولها

والألفا قياس أن تبطل الوصية
وفي الاستحسان يقع على
الحادث إلى أن يموت الموصى
له وجه القياس أن الثمرة
في الموجود حقيقة وليست
بموجودة فتبطل ووجه
الاستحسان حمله على المجاز
عند انتفاء الحقيقة صونا
لكلام الموصى عن الانتفاء
والمصنف حمل الفرق بين
الثمره والغلة على العرف
فيهما ثم السقي والخراج وما
فيه صلاح البستان على
صاحب الغلة لأنه هو المنتفع
بالبستان فصار كالنفقة في
فصل الخدمة وقوله (ومن
أوصى لرجل بصوف غنمه
أبدا) إلى آخر الباب واضح

ولله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعاني يحتاج إلى تقرير أو تركيبه أو في تأديته من غيره وهذا

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعني أطلق ولم يذكر قيد

وقوله (وبعد الخلع) صورته أن تقول المرأة أن زوجي خالعني على ما في بطن جاريتي أو غنمي صح له ما في بطنها وإن لم يكن في البطن شيء فلا شيء له وما حدث بعد ذلك فللمرأة لأن ما في البطن قد يكون (٤٨٥) متفقاً وقد لا يكون فلم يضره حتى

لوقالت على رجل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر

باب وصية الذي

عقب وصية المسلم بوصية الذي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (وإذا صنع يهودي بيعته أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) بالانفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما عنده فلا أن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة إذا كان المسلم فان وقف المسلم في حالة الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح)

باب وصية الذي

(قوله وإذا صنع يهودي بيعته أو نصراني كنيسة) أقول فيه فوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير والاولى أن يجعل من قبيل ألف والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلا أن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول فيه بحث

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبي تعليق المعلوم لانه لا يقبل الملك الآن في الثمرة والغلة المردومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المردوم واختاه فلا يجوز ايراد العقد عليها أصلاً ولا تستحق به قدماً فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاتها بعقد البيع تبعاً وبعد الخلع مقصوداً فكذلك بالوصية والله أعلم بالصواب

باب وصية الذي

قال (وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعته أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما تقدم من مسئلتى الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على التام يومئذ وعلى الحادث بعده أيضاً بذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره أيضاً في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الآن هذا التعليل ههنا بقي خالياً عن الفائدة وإنما يحصل وجه هذه المسئلة مما ذكره في الفرق الا ترى (قوله الآن في الثمرة والغلة المردومة جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتأخرين يرد عليه ان لنا أصلاً آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحق به اه (أقول) لا يورث ما توهمه بل هو ساقط جداً فان مبناه أن يكون الخالق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعاً قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقضى ذلك جوازها في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تنصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء تاباً بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقدس عليه معدولاً عن سنن القياس دون الخلق به بطريق الدلالة وقد مر مراراً نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقي لثامى فبما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورد العقد عليها كالمعاملة لا يتشبه على قول أبي حنيفة وإنما يتشبه على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقتوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذي

ذكر وصية الذي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاصل على الاكثر غير معقول والظاهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لخساستهم (قوله وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعته أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذلك هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما قال صاحب

الذلا وصية هنا والظاهر ان عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصنعة نعم لوقال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى

كان محمداً

الاستخلاف والتعليك) والله اعلم
ولاية التعليك (فأمكن
الله يسهل) أى يصحح إسمائه
(على اعتبار المعنيين) يعنى
الاستخلاف والتعليك
فجعلناه من الثلث نظر الى
الاستخلاف فجوزنا ذلك
نظرا الى التعليك وإذا صار

ما كمال السمين صنعوا به ما شأوا
 (وان أوصى أن تجعل داره
 كنيسة لتقوم غير مسمية)
 يعنى قوموا غير محمدين
 (ما زلت الوصية عند أبى حنيفة
 وقالاهى باطلا لان شذوه فى
 الحقيقة) (معصية وان كان
 فى معتقدهم قرينة والوصية
 بالمعصية باطلة لما فى
 تنفيذها من اقرار بها والابى
 حنيفة) أن الاعتبار لعقدهم
 فانهم لو أوصوا بالحلم لم يعتبر
 وان كان عبادة عندنا بلا
 خلاف فكذلك اذا أوصوا
 بما هو فى معتقدهم عبادة
 صحت وان كان عندنا معصية
 لانا أمرنا أن نستر كههم وما
 يدينون قالوا هذا الخلاف
 اذا أوصى ببناء بيعة أو
 كنيسة فى القرى فأما فى المصر
 فلا يجوز بالاتفاق لانهم
 لا يمكنون من احداث ذلك
 فى الامصار

(قوله يعنى الاستخلاف
والتميل فيعلمنا من الثالث
نظرا الى الاستخلاف) أقول
فيه نظير فان الاعتبار من

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسلمين فهو الثالث) معناه إذا أوصى أن تبني داره ببيعة أو كنيسة فهو خارج من الثالث لأن الرصية قيم معنى الاستحلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فأمكن تخصيصه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسلمين جازت الرصية عند أبي حنيفة وقالوا الرصية باطلان) لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قرينة والرصية بالمعصية باطلان لما في تنقيدها من تقرير المعصية ولا في حنيفة أن هذه قرينة في معتقدهم ونحن أحرار بأن نتركهم وما يدينون فتحجز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قرينة حقيقة معصية في معتقدهم لا تجوز الرصية اعتبارا لاعتقادهم فكذلك عكسه

العناية في شرح هذا المحل اذا صنع يهودي ببيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حال الحياة موروث بعدم موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلا ن هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول انه صرف البيعة الى اليهودي والكنيسة الى النصراني وهو مخالف المذكره نفسه وسائر الشراح في كتاب الجهادين أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا في الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تختص بصرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثاني انه قال اما عنده وقال بعده فلا ن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله وأضمر بأحنيقة أولا وأظهره ثانيا وكان الأول مقام الاظهار والثاني مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانهم على الاصل السديد حيث قال لانهم بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر بأحنيقة أولا وأضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم في حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بل تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانهم مطلقه حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلا ن هذه الوصية معصية مع انه لا وصية في مسئلتنا هذا فان المذكور فيها صنع اليهودي أو النصراني في حال حياته بدون اضافة شيء الى ما بعد موته والوصية غليل مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية اذا المشار اليه بهذه في قوله المذكور هي الصيغة دون الوصية فلا اعتبار عليه (قوله لان الوصية فيما معنى الاستخلاف ومعنى التملك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال في العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للمسلمين صنعوا ما شاؤا اهـ (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت في معتقدهم قريبة كما ينبغي عفاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قريبة في معتقد الكفار لمهما المصير الى ما في الوصية من معنى الاستخلاف والتملك تصحيح الكلام المعامل مهما أمكن وأما على أصل أبي حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصى به قريب في معتقد الموصى كاف عنده في صحة الوصية كما ينبغي وأيضا فيما نحن فيه كذلك فينبغي أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما اذا وصى بذلك لقوم غير مسلمين على ما سألني بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتملك في تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبي حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كافي للمسئلة السابقة

الثالث انما هو لتعلق بحق الورثة بما زاد عليه مما سبق ولهذا الزمك في حياته حال المرض يعتبر من الثلث أيضا والاظهر ان النظر الى المعنيين في التجوز والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف والا اعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولأنهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى (٤٨٧) وقوله (بخلاف الرصينة) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم يتحرر لثقل حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم فبقى فيما هو قرينة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذي على أربعة أقسام منها أن تكون قرينة في معتقدهم ولا تكون قرينة في حقنا وهو ما ذكرناه وما إذا أوصى الذي بان تذيب خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف إذا كان لقوم غير مسلمين كإذ كرهناه والوجه ما بيناه ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا ولا يكون قرينة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا لا اعتقادهم الا إذا كان تقوم باعيانهم لوقوعه عليهم لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها إذا أوصى بما يكون قرينة في حقنا وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزي الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم باعيانهم أو بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قرينة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها إذا أوصى بما لا يكون قرينة لافي حقنا ولا في حقهم كما إذا أوصى للفتيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم باعيانهم فيصح عليهم واستحلالا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لاننا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخرج أيضا ليمتثل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لفائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشيء قرينة في معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدهون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لثقل حق العباد بها قلت هذا صير الى التعليل الثاني الذي ذكره وقوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلامعنى للخطأ (قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات ويسكنونها) فلم يتحرر لله تعالى لثقل حق العباد به (قال صاحب العناية قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اه) أقول فيه نظران كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضى سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندي أن قوله ولأنهم يبنون فيها الخيرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب زوال ملك الباني الخ كانه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهم لان البناء نفسه ليس بسبب

الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كإذ كرهناه) يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه ما بيناه) أي من الجانبين وهو أن الاعتبار عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استئناء المسجد وغيره اخرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالتزام وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا

قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقى على مقتضاه كما ارجع الى الوصية) المناسب لكلمة كاهان بل بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله (وفي المرتدة الأصح أنه تسع وصاياها لانها تبقى على الردة) وصارت كالتسمية قال في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيارات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لان تكون بمنزلة الذميمة وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذميمة ان الذميمة تنقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تنقر على اعتقادها والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهذا الأصح وعما يصدق ان وقوله (وادخل الحربى دارا بأمان فأوصى لمستأمن أو ذى بماله كله جاز) قيل هذا اذا لم تكن المرتدة معه أما اذا كانت فانها تنصرف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله (٤٨٨) (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستأمن أيضا) جواب

وعما ورد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يدع عليهم الباقي ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا امر أعاده لـ حق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فأخرج عن ذلك وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولوأعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولوأوصى لحربى فى دار الاسلام) ظاهر طرف لا وصى لاقوله حربى أى لو أوصى الذى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبله من أن يقول وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

لزوال ملك البانى ولانهم يبنون فيها الحرات ويسكنون الخ تبصر (قوله وفي المرتدة الأصح أنه تسع وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتدة لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذميمة وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينهما وبين الذميمة ان الذميمة تنقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تنقر على اعتقادها وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهذا الأصح وهو ما يصدق ان اه (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذا شئت أن مراد من قال فى الخلافات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لبيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدق قائلها (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخذه) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث ممنوع مسائل متعددة هربت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارا بأمان فأوصى لمسلم أو ذى بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممنوع بين الذى والحربى لتباين الدارين وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين وتباين الدارين حكما ومنهما ما اذا أوصى ذى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهم والتباين الدارين حكما ومنهما ما اذا

عما ورد على قوله ورد الباقي على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يدع عليهم الباقي ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا امر أعاده لـ حق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فأخرج عن ذلك وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولوأعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولوأوصى لحربى فى دار الاسلام) ظاهر طرف لا وصى لاقوله حربى أى لو أوصى الذى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبله من أن يقول وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله والظاهر انه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هناك الصحيح وهو ما الأصح وهو ما يصدق ان اه (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذا شئت أن مراد من قال فى الخلافات هو الصحيح يرجح هذا القول على القول الآخر لبيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الأصح ترجحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الأصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدق قائلها (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممنوع لتباين الدارين والوصية أخذه) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث ممنوع مسائل متعددة هربت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارا بأمان فأوصى لمسلم أو ذى بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممنوع بين الذى والحربى لتباين الدارين وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين وتباين الدارين حكما ومنهما ما اذا أوصى ذى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهم والتباين الدارين حكما ومنهما ما اذا أقول فى صحة هذا العطف تأمل

باب الوصى وما يملكه

باب الوصى وما يملكه

قال (ومن أوصى إلى رجل فقبل الوصى في وجهه الموصى وردها في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فردده بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم لمسلم من بشئ فإنه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع أنه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا إذا كان الكافر حريا ولو كان مستأمنا

باب الوصى وما يملكه

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصى وقدم أحكام الموصى له لكثرته وكثرة وقوعها فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس (وقوله بخلاف الوكيل بشرأعبد بغير عينه أو يبيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتممة وأدب القاضى للصمد الشهد والجامع الصغير للإمام المحبوبي وفتاوى قاضيان لأنه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضع في الذخيرة الفصل الثاني من وكالته والفصل العاشر من التمة والباب السابع والستون من أدب القاضى وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصوصة من فتاوى قاضيان إلى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشرأعبد بعينه لأنه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كفى الوصى لأنه يؤدي إلى تغير الموكل بخلاف ما إذا كان وكيله بشرأعبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لأنه لا يؤدي إلى تغير الموكل وهذا فيما إذا كان له بشرأعبد بغير عينه أنه أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكيل في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل إلا بمحض من الموكل أى لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فعن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذى قاله صاحب الهداية بخلاف رواية الكتب كالتمة والذخيرة وغيرهما علم الموكل ما إذا كان وكيله بشرأعبد بغير عينه لا بشرأعبد بغير عينه ومما ادعى صاحب الهداية هنا ما إذا كان وكيله بشرأعبد بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف إلى هنا كلام صاحب الغاية إلى هذا مال صاحب الغاية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق لئلا يفتقدوا في أكثر المعبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بأبى على حدة وينوافيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد الباب لبيان حكم العزل في مسألة بعينه ما إذا كان وكيله بشرأعبد بغير عينه فيكون عقد الفصل ثم استروا الذكر بالكيفية في عامة روايات الكتب ولعمري إن حصل كلام الثقات على مثل ذلك سلطة لا تخفى ولذا كرم بيننا عبارة الذخيرة لعلنا نأخذ منها حصرة قال في الفصل الثاني بالوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل إذا رد الوكالة تردت ولكن لما إذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترد حتى إن من وكل غائبا قبله انشبه فرد الوكالة ولم يعلم الموكل قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيله لم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج في غيبته وبغير علمه

(لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) فإنه جعل علة جواز عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التمسك والذخيرة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للإمام الحنبلي وقتاوى قاضخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل على أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس (٤٩٠) فيما نقله ما يدل على الوكيل بشرأشئ بغير عينه وعن هذا قال بعض

الشارحين رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلًا بشرأشئ بغيره وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يجزى من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره وأما إذا كان وكيلًا بشرأشئ بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيرا فلأنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالوكالة فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انا ثبتت في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كتابات المالك بالبيع والشراء وقد ينطابق بين العلم بشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصوصة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والعساق وسائر التصرفات في ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد اذا كان وكيلًا بشرأشئ بغيره وعن هذا قال صاحب الكافي عهنا يدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشرأشئ بغيره الخ ألا يرى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرر والضرر المنهين فإن يجب في الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لأنه لا ضرر هناك لأنه حتى قادر على التصرف بنفسه) أقول إقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى في حياته فان الموصى حتى قادر على التصرف بنفسه في حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية في غير وجه الموصى بعد ان قبلها في وجهه لافي حياته ولا بعد ماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافة بعد الموت لافي حال الحياة فالتصرف الذي يرفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر في حياته على التصرف الحاصل بعد ماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد ماته بلا شبهة فلا انتفاض نعم انه بقدر في حياته على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا في عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فان معنى قوله في غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كإلصاقه في الذخيرة وذكر في الشروح أيضا (قوله وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول رد عليه أن يقال غلب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هي خلافة اختيارية ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر في الكتاب آنفا فإذا كانت خلافة تتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا ألا يخفى ان اختيار شيء وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد نبينا طريق العلم بشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن ذلك الكتب ما ذكره المصنف في فصل القضاء باواريث من كتاب أدب القاضي بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي

الشارحين رواية عامة الكتب فيما إذا كان وكيلًا بشرأشئ بغيره وقد أشار إليه المصنف في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله على ما قيل لا يجزى من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على ما يشير إليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره وأما إذا كان وكيلًا بشرأشئ بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الا لزام فبقى مخيرا فلأنه باع شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالوكالة فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافه لأنه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه وإذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انا ثبتت في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علمه كتابات المالك بالبيع والشراء وقد ينطابق بين العلم بشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

اختياره وقوله (فلأنه باع شيئا من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة فانه سائل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح بخلافه لكنه يعتبر بذلك بعد الموت وقوله (وقد ينطابق بين العلم بشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) من ذلك ما ذكره في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبي حنيفة وقالاهو والاول سواء أي الواحد فيهما ما يكفي

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعني الاتفاق

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل) يعني أن الوصي اذا سكنت في حياة الموصي ثم بعد مائة قال لا أقبل
ثم قبل فهو وصي ان لم يخرج به القاضي حين قال لا أقبل لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لفرلان في ابطاله
منه بالميت وفي ابقائه ضرر للوصي لكن الاول أعلى لكونه غير مجبور بشئ والثاني مجبور بالنوب ودفع الاعلى من الضرر أولى
لاجماله وقوله (الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يعني (٤٩١) ان القاضي اذا أخرجه عنها حين

قال لا أقبل لا يصح قبوله
بعد ذلك واختلاف المشايخ
في تعليل صحة هذا الاخراج
فهم من قال القاضي حكم
في فصل مجتهد فيه فينفذ
واليه ذهب الامام شمس
الائمة السرخسي وهو
الذي اختاره المصنف
ومنه من قال انما صح لان
الوصاية لو صحت بقبوله كان
للقاضي أن يخرج به ويصح
الاخراج فهنا أولى واليه
ذهب شمس الائمة الحلواني
والباقي واضح قال (ومن
أوصى الى عبد أو كافر الخ)
ومن أوصى الى عبد غيره
أو كافر ذي أومستأمن
أو حربي أو فاسق أخرجه
القاضي عن الوصية ونصب
غيرهم وهذا اللفظ وهو
لفظ القدوري يشير الى
صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعد الصحة وذكر
محمد في الصور الثلاث أن
الوصية باطلة ثم اختلف
المشايخ في أنه باطل أصلا
أو معناه سيئ بطل قال الفقيه
أبو الليث واليه ذهب
القدوري ونظر الاسلام
البرزدي وعامة مشايخنا

(وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي أخرجه من الوصية
حين قال لا أقبل) لان بمجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضرر بالميت وضرر الوصي في
الابتداء مجبور بالنوب ودفع الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه
مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يجز عن ذلك فيستمر ببقاء الوصاية في دفع القاضي
الضرر عنه وينصب حافظا للمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخرج
فلو قال بعد اخراج القاضي اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية باطل القاضي قال
(ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجه هم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير
الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه في جميع
هذه الصور أن الوصية ستبطل

الواحد في ما يكفي انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن
التبعض أي ينفاه في بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن
التبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر في غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول
ليس ما قاله هذا البعض بصح لان المصنف كما ذكره في كتاب أدب القاضي ذكره في كتاب الوكالة وفي
كتاب الشفعة أيضا فانه قال في باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته
وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في الخبر فلا نعيده وقال في باب طلب
الشفعة والخصومة فيهما من كتاب الشفعة واذ بلغ الشفع بيع الدار لم يجب عليه الا شهادتي يخبره
رجلان أو رجل واحد أو واحد عدل عند أبي حنيفة وقال لا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد خرا
كان أو بعدا صيبا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلالة
وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر في
غير كتاب القضاء أصلا بدون التبعض لما تقدم من الكتب (قوله الا أن القاضي اذا أخرجه عن الوصاية
يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعني
أن القاضي اذا أخرجه عنها حين قال لا أقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قيد
قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضي أخرجه حين قال لا أقبل وذلك القيد يفيد عفوهم المخالفة أن
القاضي اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أي لم يصح قبوله والمفهوم معترف في الروايات بالاجماع كانصوا
عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضي عن الوصاية من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا أن
القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك في الكلام كما لا يخفى فالوجه عندي أن
يكون قوله هنا الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله في قوله ودفع الاول وهو الأعلى أولى فيكون
هذا الاستثناء دخلا في حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن
القاضي أخرجه حين قال لا أقبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطق أصلها ويؤيده أن
نعمناه سيئ بطل ووجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا جازت وكيله ولكن لما كان مجز عن استيفاء حقوق الميت منظونا لكون منفعه
لأولي والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انما استعمل
اخراج القاضي اياه عنها وما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرج به القاضي جازت ان الايصاء صحيح لكنه
لا يشر في السياسات الفاسدة فيجاز للقاضي أن يخرج به عن الوصية

قوله وقوله الا أن القاضي اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل في العبد واليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وذلك لان الوضاية ولاية متغدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره فقول عدم ولايته اشارة الى ما قبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لان اعزله الاعارة منه العبد ولا يتعلق به الزوم وقيل معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت اغنا اوصى اليه لينظر في ماله وأولاده بعده بالحفظ والصيانة وبالحيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض من الوضاية وقوله (٤٩٣) (ومن أوصى الى عبد نفسه) واضح وقوله (وفي اعتبار هذه أي هذه

وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه مستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الناسق على أصلنا وولاية الكافر في الجملة الا أنه لم يسم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعده او المعادة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر في حق المسلم وانتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من الوضاية ويقيم غيره مقامه انما بالنظر بشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوضية) لان الكبير أن ينعىه أو يبيع نصيبه فيمنعه المسترى فيجوز عن الوفاء بحق الوضاية فلا يفيد فائدة وان كانوا صغارا كلهم فالوضاية اليه جائزة عند أبي حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف وجهه القياس أن الولاية منعقدة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية صادرة من الاب لا تجزأ وفي اعتبار هذه تجزئها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوضاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايضا

هذا الاستثناء لم يكن مذكورا في البداية أصلا مع كون المسئلة مذكورة هناك ايضا بحالها (قوله وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة ومرة مع أبي يوسف) قال صاحب العناية ولنا في هذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالتحاوي في مختصره والكرخي في مختصره وأبي الليث في تكملة الوصايا والقدر في التقریب وشمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيهما وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهى أقول نظره ساقط اذا يلزم من أن يذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتب هؤلاء المشايخ الذين عددهم أن لا يكون قوله مضطربا في نقل أحد أصلا كيف وقد قال في المحيط البرهاني وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبد غيره فالوضاية باطلة وان أوصى الى عبد نفسه فالوضاية جائزة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف انها باطلة على التفسير الذي قلنا وقول محمد في الكتاب مضطرب ذكر في بعض الروايات مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف انتهى نعم الذي وقع في كتب كثير من المشايخ كون قوله مع أبي يوسف ولهذا اختاره المصنف حيث ذكر قوله منع أبي يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى في كلام بعضهم حيث قال وقيل قول محمد مضطرب فلا يغار فيه (قوله وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوضاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا مالا كليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فالقاضي أن يبيعه

الوضاية وهي وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصي انما يملك الولاية من الموصى وولايته لا تجزأ اذا لا يقال ولايته في بعض دون بعض فلو ثبت التجزؤ في ولاية الوصي ثبت في ولاية الموصى اكتمه غير متجزئة كان عائد على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبي والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايضاء الى عبد الغير وعم اذا كان في الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فالقاضي أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايضاء لم يبق للقاضي ولاية البيع

(قال المصنف وقيل في العبد معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه مستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والحجاز فان اسم الفاعل حقيقة في الحال مجاز في الاستقبال

والجمل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب مما ذكر في شرح الاتفاقى وهو أن محمد اذ كرى الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبي حنيفة في المسلم يوصى الى الذي قال الوضاية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوضاية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذ كر محمد في الأصل واذا أوصى لغيره فالوضاية باطلة وان أجاز مولاة وقال في الأصل أيضا اذا أوصى المسلم الى ذى أو الى حري مستأن أو غير مستأن فهو باطل وقال في الأصل أيضا ولو أوصى الى فاسق منهم مخوف على ماله فالوضاية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوضاية) أقول لا يخفى عليك أن وجه صحة الوضاية الى عبد الغير جارها الا أن يقول ويقال اذا كان للقاضي أن يخرجه لم يستقر على الصحة فكانه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقوله بكونه ناظر الهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقتة على من خلفهم وصار
 كالمكاتب فان الابعاء اليه جائزة كذلك هذا قوله (والوصاية قد تجزأ) جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها ذلك أن الحسن
 ابن زياد روى عن أبي حنيفة انه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما
 أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه أى الى التجزى كى لا يؤدى الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان
 قيل يفتى الى تغيير وصفه وهو جعله متجربا بعد ما لم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحج الاصل أولى من اهداره بالكلية قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف
 العاجز أصلا اذا ظهر للقاضى عجز وصى عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غير رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان القاضى نصب
 ناظرا واذا علم صيانة الوصى ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لم يكن شكى
 اليه الوصى ذلك أى عدم الاستبداد بجزمه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب (٤٩٣) ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل

غيره به رعاية للنظر من
 الجانبين أى جانب الموصى
 والوصى يقوم المنصب
 من جهة القاضى
 بالنظر فى حوائج الموصى
 والعاجز المعزول بقضاء
 حقوق نفسه واذا كان عدلا
 كافيافليس للقاضى أن
 يتعرض اليه بالخراج
 وان شكاه الورثة وبعضهم
 اليه الا اذا ظهر منه خيانة
 فانه يستبدل به غيره ووجه
 ذلك مذكور فى الكتاب
 قوله (ومن أوصى الى
 اثنين الخ) روى عن أبي
 القاسم الصفار أنه قال
 هذا الخلاف بينهم فيما
 اذا أوصى اليهم جميعا معا
 بمقد واحد فأما اذا أوصى
 الى كل واحد منهم بمقد

المولى اليه يؤذن بكونه ناظر الهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تجزأ على ما هو المروى عن أبي
 حنيفة أو نقول يصار اليه كى لا يؤدى الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحج الاصل أولى قال
 (ومن يجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضى غيره) رعاية لحق الموصى والورثة وهذا لان تكميل
 النظر يحصل بضم اليه لصيانته ونقص كفايته فتم النظر باعانة غيره ولو شك اليه
 الوصى ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيا على نفسه واذا ظهر
 عند القاضى عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فسه
 ليس للقاضى أن يخرج له لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان محتار الميت ومريضه فابقاؤه أولى ولهذا
 قدم على أب الميت مع وفور شفقتة فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شك الورثة أو بعضهم الوصى
 الى القاضى فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدله منه خيانة لانه استقار الاولايه من الميت غير أنه اذا
 ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فانت ولو كان فى الاحياء لا يخرج منه فاعند عجزه
 ينوب القاضى منابه كانه لا وصى له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي
 حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا فى أشياء معدودة نبيها ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفرد كل
 واحد منهما بالتصرف فى جميع الاشياء لان الوصاية

فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بأنه اذا ثبت الابعاء اليه لم يبق للقاضى ولاية البيع كذا السؤال
 والجواب فى أكثر الشروح وعزاهما فى النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول فى هذا الجواب بحث
 لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضى موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التى نحن
 فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو تنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة
 على المطالب لا محالة فالحق فى الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح
 الاقطع حيث قال وأورد فى شرح الاقطع سؤال الجواب فقال فان قيل اذا كلفوا صفارا للقاضى بلى
 على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضى على الوصى لا تمنع جواز الوصية لانه بلى على الاحرار مع

على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بخلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل منهما
 على الانفرد وحكى عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهم جميعا أو متفرقا وجعل فى الميسر هذا الاصح
 لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وجيزة ذنبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال
 الا فى أشياء معدودة ولم يذكر كبتها لا خلاف أقوال العلماء فيها فقد كرى الاسرار رسته وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول
 الهبة وجميع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لا بد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب
 والوديعة والخصومة وذكر فى الجامع الصغير لقاضى ثمانية وهى الستة المذكورة فى الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر
 فيه ايضا جمع الاموال الضائعة قبل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كى لا يزداد مانص
 عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تجزأ فيثبت لكل منهما كمالا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصى وقد كان توصف الكمال ولان اختيار الاب انما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد ومارضى الموصى الاب للمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما كمالا ولان الانكاح حتى مستحقاها على الولي حتى لو طالبته بالنكاحها من كفؤ بخطبها يجب عليه وهذا حتى التصرف للموصى ولهذا يبقى مخيرا في التصرف في الاول أو في حقها على صاحبها فصيح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي علم ما وله ما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبدا وهي ما استثناءه في الكتاب وأخواتها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت وله في ذلك الجبران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريا (ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ماسر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصى لتحقيقها من غير من أوصى اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناءه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناءه القدر في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدر في الاستثناء عليها في مختصره واقتنى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناءه في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناءة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناءه في الكتاب أي في مختصر القدر في كتابه سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشار الى أنه يزد عليه أشياء أخرى وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاده المصنف رد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء لكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشتري شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الأخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة محتفل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين بواحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لابد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجوع عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجوع وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراى (وتنفذ وصية بعينها وعنى عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الراى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى في حيزه فلم يكن من باب الولاية (ويبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضى بأمانتهم باجتماع القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجرانتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور انكته منظوره عندي لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الصغير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الصغير المستتر فيما استثناءه في الكتاب وهو القدرورى والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجرى الهداية من مقول القدرورى في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفت عما ينداه فيما مر آنفا اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدرورى في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالتحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعديل لقوله وقضاء الدين يعنى أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الاحفظ للمال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حقه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهب اليه تكاف باريدل تعسف فاسد اذا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيلا وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعديل بما ذكره السارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعديل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضى الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شئ وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم هوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضى في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعه الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حتى أى أخذه انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدة دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضى الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجع عليه فان قلت بقي المخالفة حيثئذيين كلام المصنف هنا وبين كلامه هناك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هناك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضى يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد خراساني في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضى في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضى مستعملا

وقوله (ولو أودى إلى كل واحد منهم ما على الانتزاع) ذكرنا في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فإن مات أحدهما) متبداً بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت منها أوصى إلى الحي) ظاهر وقوله (والى الخد في النفس) يعني إذا مات الأب كان ولاية تزويج الأمغار والدمغار واستيفاء انقضاء الوصي فيما انتقل إليه لانه خلف عن الأول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الأول قائماً حكيماً والنفق يعمل على الأصل عند عدم الأصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أي عند موت الوصي كان للوصي ولاية في التركيب أي في تركه نفسه مما تركه باعتبار ما يؤول إليه وتركه موصيه أما في تركه فباعتبار أنه ملكه وأما في تركه موصيه فباعتبار الوصاية إليه فينزل الثاني منزله (٤٩٦) فيها وقوله (فلا يرثي بشوكيل غيره) أي لا يرثي الميراث بأن يوكل وكيله

غيره أو يوصى الى غيره قال
(ومما سمة الوصى الموصى
له عن الورثة جائزة) رجل
أوصى الى رجل وأوصى
لرجل آخر بثلاث ماله وله
ورثة صغار أو كبار غيب
فقاسم الوصى الموصى له
نائباً عن الورثة وأعطاه
الثالث وأمسك الثلثين
للورثة فالقسمة نافذة
على الورثة فى المنقول والعقار
ان كانوا صغارا وفى المنقول
ان كانوا كبارا حتى لو هلك
حصة الورثة فى يده لم ترجع
الورثة على الموصى له بشئ
وأما ان كان الوارث كبيرا
حاضرا وصاحب الوصية
غائبا فقاسم الوصى مع
الوارث عن الموصى له فأعطى
الورثة حقههم وأمسك الثلث
للموصى له لم تنفذ القسمة على
الموصى له صغيرا كان أو
كبيرا حاضرا أو غائبا فى المنقول
والعقار جميعا حتى لو هلك
فى يد الوصى ما أفرزه كان

ولأنه في معنى المبادلة لا سماعاً عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولا أوصى إلى كل واحد على الانفراد قيل بتفرد كل واحد منهم ما بالتصرف بمنزلة الوكيلين إذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لأنه لما أفرد قد رتب رأى الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لأن الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصياً آخر ما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً آخر تنظر الميعة عند عجزه وعند أبي يوسف الحى منه ما وإن كان يقدّر على التصرف فالموصى قصداً أن يخلفه متصرفاً في حقوقه وذلك يمكن التحقق بنصب وصى آخر مكان الميت ولو أن الميت منه ما أوصى إلى الحى فلا يحى أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر ولا يحتاج القاضي إلى نصب وصى آخر لأن رأى الميت باقٍ حكماً رأى من يخلفه وعن أبي حنيفة أنه لا يتفرد بالتصرف لأن الموصى ماضى بتصرفه وحده بخلاف ما إذا أوصى إلى غيره لأنه لا ينفذ تصرفه برأى المثنى كإرضية المتوفى وإذا مات الوصى وأوصى إلى آخر فهو وصيه في تركته وتركه الميت الأول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصياً في تركه الميت الأول اعتباراً بالوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما ما أنه رضى برأيه لا برأى غيره ولنا بأن الوصى يتصرف بولاية منتزعة إليه فيملك الإيصال إلى غيره كالجد الأيرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصى تنتقل إلى الوصى في المال وإلى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الأب فيما انتقل إليه فكذا الوصى وهذا لأن الإيصال إقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركيب فينزل الثاني منزلة فيما ولاه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتبره النسبة قبل تميم مقصوده بنفسه وعو تلافى ما فرط منه صار راضياً بإيصاله إلى غيره بخلاف الوكيل لأن الموكل حتى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والإيصال إليه قال (ومقاسمة الوصى الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة) لأن الوارث خليفة الميت حتى يرد العيب ويرد عليه به وبصير مغروراً بشراء المورث والوصى خليفة الميت أيضاً فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد رد ذلك ما في يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه مذكور بسبب جديده ولهذا لا يرد العيب ولا يرد عليه ولا يصير في المطالبة مجازاً لانه سبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى بتدبر تفهيم (قوله ولأنه في معنى المبادلة لا سماعاً عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول أن كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضاً في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة إنما تتحقق من

له أن يرجع على الورثة بثلاث ما في أيديهم - والمقرب بين المتقول والعقار أن الورثة إذا كانوا صغارا كان للوصي مغرورا
بيع نصيب الصغار من المتقول والعقار جميعا ما إذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المتقول فكذا القسمه لأن أنواع
بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خاف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خدعه عنهم وقائما
مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خدعه عنه وقائما مقامه في
نفوذ القسمه عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أي فيما اشتراه المورث (ويرد عليه) أي فيما باع المورث ويصير مغرورا بشراء المورث فإنه
إذا اشترى جارية فمات ثم استولد لها الوارث ثم استحققت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كإلوا بعه المورث من
آخر والمسئلة بحالها فإن المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره

(وقوله غير أن الوصى لا يضمن) جواب سؤال تقديره اذا كانت القسمة غير متعينة كان تصرفه غير مشروع وهذا المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجهه (٤٩٧) الجواب ما قال لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ

في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) إشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحصة الف درهم وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصى العاود دفعها الى الذي يحج عنه فسرق في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ من الباقي من التركة وهو ألف درهم فان سرق ثانياً يؤخذ من الباقي مرة أخرى هكذا قال أبو يوسف يؤخذ من الباقي من ثلث جميع المال وذلك ثلثة آلاف وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرق ثانياً لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرق الألف الأولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغروراً بشراء الوصى فلا يكون الوصى خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الوصى له شريك الوارث في توى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الوصى له فضاع رجع الوصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحصة فقام في الورثة فله ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغراً للثلث لم يرجع بشئ والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الوصى ولو أفرز الوصى بنفسه ما لا يحج عنه فله لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولا ييوسف أن يحمل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولا يي حنيفة أن القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونها وصار كما الجانبين واذا كان أحدهما مقاضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم أن يكون القضاء بضامن باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (وقوله غير أن الوصى لا يضمن لأنه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فمعه إشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقتضى تحريره أن يشبث للوصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصى ما أفرزه للورثة اليهم على الاطلاق أي سواء كان ماسلمه اليهم باقيا في أيديهم أو هالكاً وليست المسئلة كذلك لافي النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصى للورثة باقيا في أيديهم كان للوصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكاً كان الوصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصى الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصى لم يكن للوصى له أن يضمن الوصى شيئاً له بقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار الامام المحمدي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الوصى له في يد الوصى وبقي نصيب الورثة كان للوصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الوصى له في يد الوصى أيضاً فهاهنا في يد الورثة من حصة الوصى له فالوصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصى وان شاء ضمن الوارث انتهى (وقوله وان كان الميت أوصى بحصة فقام في الورثة فله ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحصة فقام في الورثة أي قاسم الورثة فله ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصى والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما واقتضى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح انذول جمع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فله ما في يده الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدر كالمحض كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فله ما في يده راجع الى الوصى فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (وقوله وقال محمد لا يرجع بشئ لان القسمة حق الوصى ولو أفرز الوصى بنفسه ما لا يحج عنه فله لا يلزمه شئ وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الوصى غير

(٦٣ - تكمله ثامن) (وقوله وفيه إشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده) أقول لا يقال هذا بخلاف لما ذكره سابقاً من قوله فأعطى الورثة حقهم لأنه يندفع بآدنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلاث ألف درهم) واضح على ما ذكره في الكتاب وذكر الامام المحجوب أن هذا الجواب فيما إذا كانت التركة مما يكل أو يوزن لأن القسمة فيه تميز لا مباداة حتى ينقرد أحد الشريرين من غير قضاء ولا رضاً ويجوز لأحدهما أن يبيع نصيبه من خمسة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكل ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مباداة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذلك قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعمدة الإشارة إلى ذلك فانهما يوزن وقوله (وإذا باع الوصي عبداً من التركة) ذكره متسرق بينهما وبين ما إذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محض من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لأن لغريم العبد مثلك (٤٩٨) حقاقي استعفاء العبد وبعد البيع لا يبق فكان في البيع إبطال حق

إذا ذلك قبل القسمة فصح بثلاث ما بقي ولأن تمامها بالتسليم إلى الجهة المسماة أدلاً قابض له فإذا لم يصرف إلى ذلك الوجه لم يتم فصار كنهلاً كقوله (ومن أوصى بثلاث ألف درهم فدفعها للورثة إلى الشاذي فقصه هو الموصي له غائب فقصته جائزة) لأن الوصية صحيحة ولهذا الوصية الموصي له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً للورثة والشاذي نصب ناظر الاسم إلى حق المولى والغيب ومن النظر أقر أن نصب الغائب وقبضه فنقد ذات وصح حتى لو حضر الغائب وقد خلت المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (وإذا باع الوصي عبداً من التركة بغير محض من الغرماء فهو جائز) لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حياته بنفسه يجوز بيعه بغير محض من الغرماء وإن كان في مرض موته فكذلك إذا أتوا له من قام مقامه وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بصورة والبيع لا يبطل بالمالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لأن للغرماء حق الاستعفاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بأن يبيع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لأنه والعاقبة فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لأن المشتري منه ما رضى ببذل الثمن إلا ليس له البيع ولم يسلّم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لأنه عامل له فيرجع عليه كالمكيل وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يرجع لأنه ضمن بقبضه ثم يرجع إلى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها وحمل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضى أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لأن في الزامها القاضى تعطيل القضاء إذا يتحاشى عن تقلده هذه الأمانة حذراً عن لزوم الغرامة فتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كل رسول ولا كذلك الوصي لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

الغرماء فذلك ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استعفاء العبد إنما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلا يمكن البيع مبطلاً حق الغريم بل يكون محققاً لأن حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حياة بنفسه بغير محض من الغرماء) يعني إذا باع بمثل قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يبيع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لأنه ضمنه بقبضه) أي لا يعمل آخر يكون للورثة لأن باستحقاق العبدتين بطلان الوصية فلم يكن عاملاً للوصي ولا لورثته وقوله (لأن الرجوع بحكم الوصية) لأن البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية

ملزم بشئ إذا الرجوع عن الوصية رأساً فلا يلزم من عدم لزوم شئ لهذا عدم لزومه إذا انتهى أقول ليس هذا بشئ فإن الموصي وإن لم يكن ملزماً بشئ في حال حياته إلا أنه ملزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد عما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أقرز بنفسه ما لا يبيع عنه فذلك المال لا يؤخذ بشئ من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلاً وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته إلى رجل ما لا يبيع عنه فسرقة المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكان ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شئ أن يكون

تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي يحكم أن الميت غره بقوله هذا ملكي فإنه لما أمره ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلاً هذا العبد ملكي فكان الوصي مغروراً من جهته فكان ذلك الضمان ديناً على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله وإذا باع القاضى أو أمينه عبداً للغرماء الخ

(قال المصنف لأنه هو العاقبة فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لأن العقد والعهد سواء والعهدة التبعية أيضاً غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الأداء كذا في كشف البردوى وذكر في المغرب وقولهم عهده على فلان فعلة بمعنى مقول ومعتاداً أدرك فيه من ذلك فإصلاحه عليه

وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاق لم يرجع بشئ) أي لأعلى الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر في الذخيرة محالا الى المنتقى أن الوصي يرجع على المساكين والقياس هكذا لان غنم تصرف الوصي عاداهم فلم يغرر بهم أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب والعقير تباع له (وقوله فان قسم الوصي الميراث الخ) ظاهر وكذا قوله (واذا احتال الوصي بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء في الملاءة وذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوز به يحتاج للفرق بينه وبين مالو باع الوصي مال اليتيم عنل قيمته من (٤٩٩) آجني فانه جائز على ما يجبيء والفرق أن البيع معاوضة

من كل وجه والوصي ملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فلا يست كذلك بل وازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدال المال بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصي لا يملكها من مال اليتيم عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصي) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصي من مال الصغير شيئا لنفسه أو باع من اليتيم شيئا من ماله هل يجوز أو لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف في احدي الروايتين عنه

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاق لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصي الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجوع في مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لا بتفاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملا اذا الولاية نظرية وان كان الأول أملا لا يجوز لان فيه تضيق مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله) لانه لا نظير في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التضرع عنه ففي اعتباره انسداد بابيه والوصي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجرح بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا لقيده بوضع النظر وعندهما لا يملك لانه لا يتصرف بالغبن الفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أحله (واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك جملة على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار) لان الاب يبيع ما سواه ولا يبيع فكذا وصيه فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصى شيء في حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الجرح) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجرح فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الجرح بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بواردا دلا على أن المدعى كان عاما للصبي المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الجرح يصلح أن يكون تعليلا في حقهما أيضا أما في حق الصبي المأذون فظاهر لان الاذن في حقه فك الجرح الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن في حق العبد المأذون فك الجرح الثابت له بسبب برقه كما تقر في كتاب المأذون وأما في حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا أنه صار مأذونا في ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداه بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له في الكسب محال والاذن في الشرع فك الجرح واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر في أول كتاب المأذون فلا غبار

ونفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشتري ما يساوي عشرة بمحمة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبي يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبي المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أي يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الجرح فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصي على ما ذكر في الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصي) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود لئلا يتهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) إشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصي على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا أصغارا جاز الوصي أن يبيع من تركه الميت

(قوله لان الاذن فك الجرح) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبي المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرناه من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز الوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاقه الا من تمن العقار او يكون للصغير حاجة للميت العقار او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالقبية لانهم اذا كانوا حاضرا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو وصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم يتقدوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا أو مقدار الدين ان لم يحيط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتتقد الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة خلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلى ماسواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور وحكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بمقدار الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قال في منع بيع الزيادة ان جواز الحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية هي تباين الوصاية وهي لا تجزأ فثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرازا لتعيب الباقي (٥٠٠) فكان في بيع الكل توقير المنفعة عليهم والوصي ولاية ذلك في نصيب

والقياس أن لا عليك الوصي غير العقار أيضا لانه لا عليك الاب على الكبير الا أنا استحسننا لما به حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو عليك الحفظ أما العقار فخص بنفسه قال (ولا يتجبر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذلك وصي الام ووصي المم وهذا الجواب في تركه هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذلك وصيهم في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا عليك الوصي غير العقار أيضا لانه لا عليك الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا عليك الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلى ماسواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملك بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التفصى عن التناقض ليس بتمام لان الوصي أيضا لا عليك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا عليك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملك الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السابق والاسياق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا عليك الاب على الكبير أى لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصى عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملك الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بأن الوصي يملكه على الكبير بالولاية

الكبير ألا يرى أنه عليك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن التجار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فالوصي يبيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فله في الخلاف الذي

مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حاضرا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجبر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركه هؤلاء) يعنى الاخ والام والام واتما قيد بتركه هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما تركه الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا عليك على الصغير يبيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياته لا يملك يبيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالى عنه وكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها يبيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كالاخ والولاية للام على الصغير في المال فكذلك الولاية للاخ والعم عليه

(قال المصنف وكان القياس أن لا عليك الوصي غير العقار أيضا لانه لا عليك الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلى ماسواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملك بالولاية الحقيقية وملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافق قوله ولا يلبس

قال (والوصي أحق بحال الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معني فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجديد على أن تصرفه أنظر لبنية من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصى الأب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهم فالشهادة باطله) لأنهم مامتهم في الإثباتهم ما عيننا لأنفسهم قال (الأن يدعيهم المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهم ما برضاه بدون شهادتهم ما فيسقط بشهادتهم ما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحق قيمة فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الأب كالأب على الكبرير الحاضر لأنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع إليه الفساد لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذلك وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع انتهى ثم إن بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافق قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط لأننا سلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الأب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا يناقض ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

فصل الشهادة في الوصية قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية آخر ذكره لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى أثره صاحب العناية نقلا عنه أقول ليس ذلك بسديد لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فتعصمها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الفاية حيث قال وإنما أخذ ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهم ما برضاه بدون شهادتهم ما فيسقط بشهادتهم ما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي إليهم متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبيران في هذا المال إلا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحمدي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير إلى هنا لفظ النهاية واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظوره عندي أما السؤال فلا اتجاه له أصلاً فإن الوصيين الذين نصبهم الميت إذا كانوا عاجزين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم إليهم ما وصيا آخر بل لا ريب كما تقرري في أوائل باب الوصي وما عدا ذلك وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم إليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضاً أن يضم إليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهم ما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهم ما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهم ما في ذلك انتهى ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين

وقوله (والوصي أحق بحال الصغير من الجسد) وقال الشافعي الجسد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه فكانت ولايته قائمة معني فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بقيام الجديد على أن تصرفه أنظر لبنية من تصرف أبيه (فإن لم يوص الأب فالجد بمنزلة الأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصى الأب في التصرف لما بيناه

فصل في الشهادة

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية آخر ذكره لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى أثره صاحب العناية نقلاً عنه أقول ليس ذلك بسديد لأن الذي لا يختص بالوصية إنما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فتعصمها قطعاً فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمراً مختصاً بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الفاية حيث قال وإنما أخذ ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر إليهم ما برضاه بدون شهادتهم ما فيسقط بشهادتهم ما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فإن قيل إذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج إلى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فإذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة إذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وإن كان لا يحتاج إلى نصب الوصي لكن الموصي إليهم متى شهد بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبيران في هذا المال إلا بالثالث فأشبهه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحمدي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير إلى هنا لفظ النهاية واقتفى أثر ذلك جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظوره عندي أما السؤال فلا اتجاه له أصلاً فإن الوصيين الذين نصبهم الميت إذا كانوا عاجزين عن القيام بالوصية فالقاضي أن يضم إليهم ما وصيا آخر بل لا ريب كما تقرري في أوائل باب الوصي وما عدا ذلك وإذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم إليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضاً أن يضم إليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات وأشار إليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر إليهم ما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سأل من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهم ما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهم ما في ذلك انتهى ثم إن هذا حال الضم إلى الوصيين

وقوله (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرحل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما نصب ما نزل لتركه (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من ما للميت أو غيره شهدا بباطله) لانهم ما يطوران ولاية التصرف لانفسهم ما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقال ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في السركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقق التهمة

ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما انفقرا على عدم جوازه وهو الشهادة بالرصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا الرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما الشاهدان برصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخره وأن يشهد الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما الشاهدان بألف مرسلة أو بثلث المال ومبني ذلك كله على تهمة الشركة لما ثبتت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع ومالم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يسأخرون

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى بالرحل وهو ينكر لانهما يجبران الى أنفسهم ما نصب ما نزل لتركه (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشئ من ما للميت أو غيره شهدا بباطله) لانهم ما يطوران ولاية التصرف لانفسهم ما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجزوان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقال ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في السركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقق التهمة

مطابقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتمرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما الثالثان في ضمن شهادتهما اقرارا من الوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتم كتمان من التصرف بعد ذلك بدون فصار في حقه ما عتذله مالومات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما الثالث على ما بينا نفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما ما نصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عايناه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يبحث فيه خلافا وان صدقهما وقال لا قبل الرصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أي فانه لا يعمل رده وابطأه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن نعمة وصى بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كائينوا أيضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الرصى وهنا لا يحتاج اليه في رعم المحجب فأين هذا من ذلك وتجرد المشابهة في جهة لا يصح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعى أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليهم أثر انتهى أقول هذا ليس بشئ لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وإيجابه لا في اسقاط شئ كؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله وتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شئ يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالا ستحباب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليهم أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملأ نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصاء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اه اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر يقتضي أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكر لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذلك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهد به وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما

بـخلاف شهادتهما في غير التركة لا تقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته
لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الاخران للاولين بثلث
ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للاخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي
حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاص مع أبي يوسف
وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجهه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا
شركة ولهذا الوترع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للاخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا الواستوفي أحدهما حقه من التركة بشاركه الاخر فيه
فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحقق التهمة بخلاف حال حياة المدين لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجزائريته وشهد المشهود
لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه
أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بجمعه وشهد المشهود لهما أنه أوصى
للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

وأما الوجه الاول فنقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك
أيضا فوجه القبول وهو
الذي ثبت عليه الامام محمد
ولم يطرأ أن الدين يجب في
الذمة وهي قابلة لحقوق
شتى فلا شركة ولهذا الوترع
أجنبي بقضاء دين أحدهما
ليس للاخر حق المشاركة
وجه الرد أن الدين بالموت
يتعلق بالتركة لخراب الذمة
به ولهذا الواستوفي أحدهما
حقه من التركة شاركه
الاخر فيه فكانت الشهادة
مثبتة حق الشركة فتحقق
التهمة بخلاف حال حياة
المدين لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا
تتحقق الشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسألة
شهادة الابنين كجواب مسألة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا
جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون إحدى صورتين مسألة
شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب الكلية من غير ضرورة ولا يلحق ما فيه فالحق عندي أنه معطوف
على المحمور لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لا تقطاع ولاية وصي الاب عنه لان
الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن تجوز
شهادتهم ما لو ارت صغير أيضا في غير تركة الميت عند أبي حنيفة لجر يانه بعينه هناك أيضا مع أن عدم
جواز شهادتهم ما لو ارت صغير بشئ من تركة الميت وغيرهما متفق عليه كما صرح في الكتاب آنفا فليتامس
في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه
المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو
الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بالف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا
على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجزائريته وشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبدا والرابع
وهو المذكور في الكتاب آخرها وأن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة
أو بثلث المال ومبني ذلك كله على تهمة الشركة فثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني
والرابع ولم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فنقد وقع
الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد
بالأوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدهما ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم
جوازه وثالثهما اختلفوا فيه وما عده وجهارا يعاد اخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة
فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجه واحد اعلى أن
قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد
كون مراده بالأوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان
صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبوا أيضا الى كون الأوجه في جنس هذه المسائل الأربعة لأن تقريرهما
لا ينافي كون المراد بالأوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال (واذا كان للولد فرج وذ كرهو خنثى فان كان يبول من الذكركرهو

صاحب العناية فانهم ما قالوا فيه وحنس هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الأول تقبيل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين رجلين كالعبد ويشهد الموصي لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لأنه لا شركة للشهود فيه فلا يمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا تقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بحز شائع كوصية بثلاث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسله أيضا وفي الوجه الثالث لا تقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الأولين بثلاث ماله لأن الشهادة مثبته لشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى بتدبر تفهيم ثم إن الحق أن ثلث القصة هنا كإفعاله الفقيه أبوالميت في كتاب نكحت الوصايا حيث قال وإذا شهد أربعة نفر شهد هؤلاء الذين وهذا أن لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه في وجه تقبيل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثله ودليله وكما فصل شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وهما ثلاثة فصول أحدها ما لا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ما تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث ما اختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

﴿ كتاب الخنثى ﴾

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المبال من آقي النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آتان فيه وقدم ذكر الأول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الأول هو الأعم والأغلب وهذا كالنادر فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ما ذكر في الكتب السابقة من الأحكام ليس بخصوص عين له آلة واحدة بل بعين من له آلة واحدة ومن له آتان لا يرى أن الأحكام المارة في كتاب الوصايا من لا جارية بأسرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المقدمة كلها أو جلها فإمعني قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آتان ليس بتمام إذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الأول لبيانه والفصل الثاني لأحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آتان لا في بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الأول وان صرح أن يقال شرع في أحكامه أيضا بنا وبما فاعلم فإمعني تخصيص النمرود بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آتان ويمكن التوجيه بعناية تأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول بتحه علمه أيضا ما ذكرناه آنفا من البحث الأول بل بعض البحث الثاني أيضا تأمل وقال في غاية البيان آخر كتاب الخنثى لوقوعه نادر الان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة إما آلة الرجل وإما آلة الأنثى واجتماع الاثنين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرة وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جديدا لاقوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعناد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الأذهان موقوفاه على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الإهمال في البيان وان ندر وجوده في الأزمان

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار

﴿ كتاب الخنثى ﴾
فصل في بيانه

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنثى يدل على لين وتكسر ومنه الخنثى وخنثى في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وهما لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الإجمال (قال وإذا كان الخ) أي قال القدوري إذا كان للولد فرج وذ كرهو خنثى والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

و قوله (فيودلالة على أنه
هو العضو الاصل الحميم)
وجه الدلالة أن الله تعالى
خلق في الحيوان كل عضو
لمنفعة ومنفعة شائين
الاثنين عند الانفصال
من الأم ليست الاخرى
البول منه ما وما سوى
ذلك من المنافع يحدث بعد
ذلك فعرضا أن المنفعة
الاصلية للآلة كونها مبالا
فاذا بال من أحدهما عرف
أن الآلة التي هي للفصل
في حقه هذه والاخر زيادة
خرق في البدن فكان بمنزلة
العيب والباقي ظاهرا
وحاصله ان ظهرت علامة
الرجال فهو رجل وان ظهرت
علامة النساء فهو امرأة وان
لم يظهر شيء أوتعارضت
العلامات فهو خنثى مشكل
وهذا يرفع ما يقال لاشكال
بعد البلوغ الا اذا ريد به
الغالب

فصل في أحكامه

لما كان الغرض من ذكر
الخنثى معرفة أحكام الخنثى
المشكل لان غير المشكل اما
أن يكون رجلا أو امرأة
وحكم كل واحد منهما معلوم
ذكر في هذا الفصل أحكامه
فقال (الاصل في الخنثى
المشكل) ولم يقل المشككة
لانه لم يعلم تذكيره وتأنينه
والاصل هو انه ذكر لان حواء
خلقت من ضلع آدم اعتبره

بسلام وان كان يقول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يوزن
فقال من حيث يقول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فيودلالة على
انه هو العضو الاصل الصحيح والاخر بمنزلة السبب (وابال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك
دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصل (وان كان في السابق على السواء فلامن تسمية بالكثرة عند
أي حسنة وقال لينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوّة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان
لذا كثر حكم الكل في أصول الشرع فيسترجع بالكثرة وله أن كثره الخروج ليس يدل على القوة
لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل
بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل)
وكذا اذا احتلم لم يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستولان هذه من علامات الذكرا (ولو ظهر له
ثدي كثندي المرأة أو زل له لبن في ثديه أو حاض أو حبلى أو أمكن الرصول اليه من الفرج فهو
امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدي هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا
اذا تعارضت هذه المعالم
فصل في أحكامه قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاولى
في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف
الرجال والنساء) لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه
رجل فتفسد صلاته

نوع مغايرة بينهما وهما لم يتقدم شيء فواجهه ذكر الفصل فقلت كلامه في قوة أن يقال هذا
الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرنا فأنما هو في وقوعه في
التفصيل لافي الاجمال اه وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولأن أن
تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عرفت
السابقة بالفصل كما هو المأخذ كان ذلك في قوة تعذر الاول بدأيا وان لم يصرح به في العادة لكن
صرح به هنا إشارة في أول الوهلة الى أن هذا فصلا آخر يذكر بعده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه
فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من
شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقا وقد أشار اليه صاحب الغنية بقوله وهما لم يتقدم
شيء فواجهه ذكر الفصل فاستلزم انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن
الاولى انما يقتضي تحققي معنى الانفصال مطلقا في الاول لا تحققي الانفصال عما تقدم في الاول أيضا
كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف
يحصل بالتصريح بالفصل هنا الإشارة في أول الوهلة الى أن هذا فصلا آخر يذكر بعده وذكر فصل
لا يقتضي ذكر فصل آخر في اللغة ولا في العرف والالزام أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل
آخر أيضا بعده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعاً وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا
واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

فصل في أحكامه أي في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت
العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من
الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ
القدوري في مختصره قال المصنف في تعليقه (لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم
ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليق نوع خلل لان قوله ولا

اعادة الصلاة ولم يقل بالرجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات أولى لأن المصنف وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلو هوهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخشني اذا كان مراهما فلا اعادة عليه وان أنفسها فان كان بالغاً فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكراً وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فتجب احتياطاً فواجبه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مراهما فالاعادة مستحبة تخلفاً واعتياداً وما اذا كان بالغاً فالاعادة واجبة كذا في الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من على عينه ويساره وخلفه ويحذاه اذا قام في صف الرجال واجبة لكن ذكر في المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة في حقهم موهوم وقوله (وأحب البنائ أن يصلي بقنصاع) يعني اذا كان مراهما وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعني اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شيء من علامات الرجال والنساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح له لو كنه النظر اليه

(فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطاً) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب البنائ أن يصلي بقنصاع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قنصاع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجره (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال) لانه يباح له لو كنه النظر اليه

النساء عطف على الرجال في قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعاً أيضاً على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولا شك أنه لا معنى لافترع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال أنه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال أنه امرأة في عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال أنه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير في عدم تخلله النساء لاحتمال أنه رجل وكان صاحب الكافي ذاق هذه البشاعة فغير يحرم المصنف في التعليل حيث قال وان وقف خلف الإمام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال أنه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال أنه رجل انتهى (قوله فان قام في صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) هذا لفظ محمد في الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الرجوب والاخذ بالاحتياط في باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلاة مشتركة موهوم فلو هوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه في النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذي فطانة أن كون المفسد موهوم لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاحتياط واجباً في باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضي الاحتراز عن الموهوم أيضاً فالظاهر عندى ما ذكر في الذخيرة ونقله الشراح مناعته وهو أن قوله فأحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخشني المشكل مراهما فان الاعادة مستحبة في حقه تخلفاً واعتياداً وأما اذا كان بالغاً فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكراً كان عليه الاعادة وان كان أنثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطاً على ما هو الحكم في باب العبادات (قوله ويجلس في صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن أقول في هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز في الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به في الكافي حيث قال وهو جائز في الجملة عند العذر وكما صرح به في المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتبهاء الحال من أبين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال ارتكاب المكروه أيضاً جائز عند العذر واشتبهاء الحال من أبين الاعذار فما الرجحان في جلوسه جلوس المرأة فتأمل في الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح له لو كنه النظر اليه رجلاً كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحاً في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقاً لانه ذكر في استحباب المبسوط أن الامة أن تنظر الى مولاتها كما للأجنبيات فلهذا لا تأثير للآث في اباحة النظر الى سيدتها والاولى في التعليل هنا ما ذكر في المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولي جارية للخنق فانه يملكها الخشني ثم ان كان

رجلا كان أو امرأة) قيل فيه نظرا لأنه
 يضاف حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامنة لا يباح لها النظر الى
 مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها الى ما لها أن تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان أنثى
 فانه نظر الجنس الى الجنس وهو أحق منه الى خلاف الجنس فليس للأنثى تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلوزوجه
 المولى امرأته يسهل أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ما هو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمد لم يقل ذلك
 لعدم التيقن بحكمة السكاح ما لم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس ولشكاح
 لغروان كان ذلك كراهه ونظر المنكوحه الى زوجها (٥٠٧) (وقوله ويكرهه في حياته لبس

الحرير) قيل لا فائدة لقوله
 في حياته فانه لا لبس بعد
 المسوت وانما هو لباس
 فكان معناه مفهوما من
 قوله لبس وهو مناقشة

سهلة لانه ليس كل ما يذكر
 في السترا كيب يكون قيما
 للاخراج لجواز أن يكون
 بعضها بيانا للواقع وانما
 كره ذلك لان لبس الحرير
 حرام على الرجال دون النساء
 وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ
 بالاحتياط فان الاجتناب
 عن الحرام فرض والاقدام
 على المباح مباح فيكره
 اللبس حذرا عن الوقوع في
 الحرام وقوله (وأن يتكشف
 قدام الرجال أو قدام
 النساء) يعني اذا كان
 سراهما والمراد بالانكشاف
 هو أن يكون في ازار واحد
 لا ابداء موضع العورة لان
 ذلك لا يحل لغير الانثى أيضا
 وهذه المسئلة تدل على أن
 نظر المرأة الى المرأة كتنظر
 الرجل الى ذوات محارمه
 لا كتنظر الرجل الى الرجل
 لانه لو كان كتنظر الرجل الى الرجل لجازله التكشف للنساء في ازار واحد

رجلا كان أو امرأة ويكره أن يمتحنه رجل لانه عساه أنثى أو تمتحنه امرأة لانه لعل رجل فكان الاحتياط
 فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لانه أعدنا نواب المسلمين (فاذا اختتنه
 بأعها وردت في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكرهه في حياته لبس الخلى والحرير وأن يتكشف
 قدام الرجال أو قدام النساء

الخنثى ذكره هذا نظر المملوكة الى ما لهما وان كان الخنثى أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح
 حالة العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتباره أن نظر الجنس الى
 الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لأن يكون للأنثى تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى
 هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه
 نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذوالأصاب المراد قرح أو جرح في موضع لا يحل
 النظر اليه تدويه المرأة وكذا نظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاداجاز النظر بانعذر فاقامة
 السنة أيضا عذر جازلها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذ يشتر في جواز النظر بالعذر الى
 موضع العورة من الامنة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للأنثى تأثير في اباحة نظر المملوكة
 الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة يشعر
 لاحتمال بناء نكير الملك في اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره في اباحة النظر الى سيدتها فيرد عليه ما قاله صاحب
 النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاء جماعة من الشراح منهم
 صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكة النظر الى ذكره ان كان رجلا
 (قوله ويكرهه في حياته لبس الخلى والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة
 فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة بما أن بعد الموت لو وجد
 ذلك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للباس لا للثوب وقد اختلف في أثر صاحب الكفاية ومعراج
 الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل ما يذكر في الترا كيب
 يكون قيما للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشئ لان حاصل
 دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لا فائدة فيه ههنا لانه فهم معناه بما ذكر فيما قبله
 وما بعده ولا يذهب عليه أن كونه بيانا للواقع لا يدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذا كان
 الواقع مبينا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ما ذكره هو لاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الآن
 المصنف تبع في ذلك لفظ المسوط وانما وقع في لفظ المسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر
 تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحياة هناك لتبيين المقابلة لا لتقيده انتهى (قوله وأن يتكشف قدام
 الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كتنظر الرجل

لانه لو كان كتنظر الرجل الى الرجل لجازله التكشف للنساء في ازار واحد

(قوله قيل فيه نظرا الى قوله فليس للأنثى تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب
 الكراهية في مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لانه يباح للمملوكة النظر اليه رجلا كان أو امرأة
 اباحة النظر لسيدتها مطاقا وسيدتها بالضرورة فيمنع دفع الاشكال بالكلية (قوله يعني اذا كان سراهما الى قوله لان ذلك لا يحل
 لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لا توصف بالحلل والحرمه

وقوله (وأن يخلو به) أي يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) أقوله صلى الله عليه وسلم ألا يخلون رجل بامرأة ليس منها سبيل فان نالتهما الشيطان وأمر في ذلك محتمل نظر إلى حاله وقوله (لا علم في لباسه) يعني لاشتبه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الخنث لا يثبت بالثبوت وقوله (ون قال بالقولين) يعني أن يقول كل عبد لي وكل أمة لي فهو حر وقوله (لأنه ليس به حمل) يعني أنه في الواقع ليس بخنث عن أحد الخالين وقوله (لأنه دعوى يخالف قضية الدليل) لأنه يقتضي بقاء لا شكل وهو لا يعلم في ذلك من نفسه خلاف ما لم يلم به غيره وقوله (ينبغي أن يقبل انما قال بلنظ ينفي لان حكمه غير مذكور فلم يتقن به) وقوله لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء أي غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت في الشرع فان النظر إلى العورة حرام والحرم لم تنكشف بالموت

الآن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلا جعل الضرورة أبيع نظر الجنس عند الغسل والمراحي كالبالغ في وجوب ستر عورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غلبه فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فيجوز بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه يجم بالصعيد مع الخرقه ان يجم الاجنبي وبغيرها ان كان ذارحهم محرم من الميت وينظر الميم إلى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشتري جارية للغسل كما كان يفعل الختان لأنه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه في حال الحياة وله أهلية المالكية فيه وقوله (وضع الرجل مما يلي الامام والخنثي خلفه) يعني اعتبارا بحال الحياة لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان في القرب من الامام بعد درجة فكذلك في حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) نوقعا عن احتمال المحرم (وان أحرم وقد راق قال أبو يوسف لا علم في لباسه) لأنه ان كان ذكرا يكره له ليس الخنث وان كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان تركه ليس الخنث وهو امرأة أخش من لباسه وهو ورجل ولا شيء عليه لأنه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الخنث لا يثبت بالثبوت (ولو قال كل عبد لي حرا وقال كل أمة لي حرة وله مما ملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للتقن بأحد الوصفين لأنه ليس به حمل (وان قال الخنثي أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لأنه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله) لأنه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويجم بالصعيد لتعذر الغسل (ولا يحضران كان مرأها غاسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكرا وأنثى (وان سجد قبره فهو أحب) لأنه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالسجدة لا تضربه (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثي خلفه والمرأة خلف الخنثي فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر رجل الخنثي خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لأنه لو كان كنظر الرجل إلى الرجل لجاز الخنثي التنكف للنساء فانه ليس المراد من التنكف ابداء موضع العورة لأن ذلك لا يحل لغير الخنثي أيضا ولكن المراد أن يكون في ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا تمام عندي ادع على تقدير كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف في كتاب الكراهية بصح الحكم على الخنثي المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف في كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثي من الاصل ادع على هذه الرواية لا يجوز له التنكف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التنكف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن في هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كنظر الرجل إلى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة إلى الرجل كنظر الرجل إلى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى ذوات محارمه كما زعموا تبصر (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفي هذا التعليل نظر لأنه انما

عليه وسلم ليليني منكم أولوا الاحلام والتمى (ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر رجل الخنثي خلف الرجل) يعني يقدم الرجل إلى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقرب إليه أولى وقد جاء في الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم (قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا إلى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعني ان علم الاشكال أولم يعلم الاشكال (قال المصنف لأنه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقاي وفيه نظر لأنه انما لا تكون مشكلا اذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكرا أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد ان لم يعلم كونه مشكلا كما أشيرنا إليه فافهم

أخذنا في آراء جانب القبلية (ويجعل بينهم ما حاز من صعيد) ليسير ذلك في حكم قيرين وقوله (وان جعل على السبعة عشر المرات) لنعش
 شبه الخنة مشتبه يطبق على المراتم اذا وضعت على الجازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا
 ذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضارة كما في حال الحياة وان
 للرجل أربعين لباسا حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة قول لسبعة دان السنن في كتبها خمسة أثواب
 (قال ولومات أبوه وخلف ابنه) اعلم ان الشيخ بالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا
 ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تفسير قول الشعبي
 في عدم فسر على وجهه ولم يأخذه وأبو يوسف فسر على وجهه ولم يأخذه وهو أن يجعل المسئلة على سبعة ثم يرجع عن ذلك وفسره على
 وجه آخر وهو تفصيل محمد بأن يجعل على اثني عشر وأخذه وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فقول على ما ذكر في
 الكتاب اذا مات أبو النخعي وترك ابنا فالمال بينهم ما أثلاثا عند أبي حنيفة والاثنين سهمان وللخني سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين
 غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور إحدى علامات المذكور بلا معارض (٩٥) فحينئذ يعتبر ذكر أو قالا للخني نصف ميراث

ذكر ونصف ميراث أنثى وهو
 قول الشعبي وابن أبي ليلى
 والنوري وهو مذهب ابن
 عباس واختلفا في قياس
 قول الشعبي قال محمد
 المال بينهم ما على اثني عشر
 سهما والاثنين سبعة وللخني
 خمسة وقال أبو يوسف
 المال بينهم ما على سبعة
 والاثنين أربعة وللخني ثلاثة
 لان الاثنين يستحق كل الميراث
 عند الانفراد والخني يستحق
 ثلاثة الارباع لان الخني
 في حال ابن وفي حال بنت
 وللبنت في الميراث نصف
 الابن فيجعل له نصف
 كل حال فيكون له ثلاثة
 ارباع نصيب ابن فيضرب

(ويجعل بينهم ما حاز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخني) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على
 السبعة عشر المرأة فهو أحب الي) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الي) يعني
 يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس
 بذلك (ولومات أبوه وخلف ابنه) فالمال بينهم ما عند أبي حنيفة أثلاثا والاثنين سهمان وللخني سهم وهو
 أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك (وقالا للخني نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو
 قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهم ما على اثني عشر سهما والاثنين سبعة وللخني
 خمسة وقال أبو يوسف المال بينهم ما على سبعة والاثنين أربعة وللخني ثلاثة لان الاثنين يستحق كل الميراث
 عند الانفراد والخني ثلاثة الارباع فعند الاجتماع بقسم بينهم ما على قدر حقيق ما هذا يضرب بثلاثة
 وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخني لو كان ذكرا يكون المال بينهم ما نصفين وان
 كان أنثى يكون المال بينهم ما أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث وأقل ذلك ستة وفي حال يكون
 المال بينهم ما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخني سهمان والاثنين أربعة وسهمان للخني
 ثابتن بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فينصف فيكون له سهمان ونصف فان كسر فيضعف ليزول
 الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخني خمسة والاثنين سبعة ولا يبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى
 اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلا اذا ظهرت قيمة إحدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله
 بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن
 مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد
 علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور بقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه أيضا قول المصنف في

مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة ارباع سهم يحصل سبعة فللخني ثلاثة والاثنين أربعة ولمحمد أن الخني لو كان ذكرا كان المال
 بينهم نصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلاث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهم ما نصفين لكل واحد
 ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثا سهمان للخني وأربعة للاثنين سهمان للخني ثابتن بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فينصف فيكون
 له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخني خمسة والاثنين سبعة وفي تأخير قول
 محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقابل نصيبه وما ذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف
 بسهم من أربعة وثمانين سهم ما وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثني عشر حيث لا موافقة بينهم ما يبلغ المجموع أربعة وثمانين
 ثم تضرب حصته من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصته الخني منه ثلاثة فاضرب به في اثني عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب
 خمسة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة والخني منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم
 من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام حميد الدين (ولا يبي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لا بد من بيان سبب
 استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شيء منهما معالوم واثبات المال ابتداء دون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن

(و الاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فذو جنيته كما اذا كانت اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالتيقن به دون المشكوك الى ان يقوم الدليل على الزائد فان من قال لم ير على دراهم يتحكم له بالثمة حتى يقوم الدليل على الزائد ليكون الاقل متيقنا به دون الزيادة فلا يقال سبب استحقاق ميراث خوال المرأة هي ثابتة يتيقن في الخنثى وابنه لا وقت في التسمية بقاء فلا يمنع الرجوع لاننا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما شوي استحقاق المقدار وسببه المذكورة والازنة ولا نثى منهما يتيقن به فيما نحن فيه وقوله (الا ان يصيبه اقل لو قدرناه ذكرًا) استثناء من قوله وهو ميراث انثى متيقن به يعني اوجبنا خنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالذكور لان اقل من نصيب الانثى اقل قدرنا ذكرًا **والخنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة** ضرورة نكرهه متيقنا به وهو ان يكون (٥١٠) زواها واما واختلاف وام هي خنثى فان قدرنا الخنثى اثنى كالمزوج النصف

و اقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فانبثنا المتيقن قصر اعليه لان المال لا يجب بالذكور وصار كما اذا كان الذكور في وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان يكون نصيبه الاقل لوقه قدرنا ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان تكون الورثة زوجا واما واختلاف وام هي خنثى او امرأة واخوين لام واختلاف وام هي خنثى فعندنا في الاولى الزوج والنصف وللأم الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للام ربع وللأخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

وتعليل ذلك لانه دعوى مخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما تبين صور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من ان لا يعلم انه مشكل ان يعلم انه ليس بمشكك حتى يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز ان لا يعلم انه مشكل ام لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهورها فحينئذ نتحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مشكك في الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه علم بحاله من غيره فلا غبار فيه والحبب منه أنه بعد ان حسب معنى المقام ما يتي عليه نظره كيف اورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهي احق بورد علمه الى مدار فهمه معنى المقام بان يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فامعنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله (قوله الا ان يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا) قال في العناية وهذا الاستثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالذكور الا ان يصيب الخنثى اقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرًا خنثى يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى اقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعني اوجبنا للخنثى ميراث الانثى للتيقن الخ يقتضى ان يكون قول المصنف الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرًا استثناء من قوله فوجبنا المتيقن به قصر اعليه كما هو الظاهر والمصرح به في غاية البيان فيخالف هذا قوله في اول كلامه وهذا الاستثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

مذهب عامة الصحابة فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة امره في المآل كيف يكون حاله في الميراث ما ذكره المصنف في الكتاب قلت كانه اشار الى ذلك في اول البحث بقوله وهو اثنى عنده في الميراث الا ان يبين غير ذلك يشير الى أن التلخيص في تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لمجمع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك المراجعة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى اثنى ما رجه الا في الثلث فبقي ما وراء ذلك مستحق له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضي اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا في قول أبي حنيفة وعندهما يحتاط في أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط في أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) اقول ينبغي أن يكون استثناء من قوله فوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن بالمعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغي أن يكون الخنثى أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه هنا عندهم جميعا واغما لم يجوز أو خفيفة هناك المجهول وهذا اغما يأخذ الكفيل للعلوم وهو طارىء مستقيم بصونه القاضي
قضاؤه ويتظلم أن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فإن تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان
تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن ويوقف السدس الى أن يتبين أمره
لأن المستحق لهذا السدس منهم المجهول فموقوف الى أن يتبين (٥١١) المستحق كافي الحمل والمنقود والله أعلم

مسائل شتى

قال (واذا قرئ على الآخرس كتاب وصيته فقبل له أن يشهد عليك بما في هذا الكتاب أو ما برأسه أي
نعم أو كتب فاداء من ذلك ما يعرف أنه أقراره وجائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال
الشافعي يجوز في الوجهين لأن المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلى والعارضى
كالوحنى والمتوحش من الاهلى في حق الذكاة والفرق لا صاحبنا رجحهم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك في الآخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات
معلومة فالواحد معزلة الآخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخرس
فلا تفريط منه ولان العارضى على شرف الزوال دون الاصلى فلا ينقاسان وفي الآبدة عرفناه
بالنص قال (واذا كان الآخرس يكتب كتابا أو يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه
وبيعه وشراؤه وبقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلا نأى بمنزلة الخطاب بمن
دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز
في حق الغائب العجز وهو في حق الآخرس أظهر وأزهر

مسائل شتى

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذذ كره في الابواب السالفة من المسائل
استدرا كاللغات و يترجون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منشورة فعمل
المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله واذا قرئ على الآخرس كتاب وصيته فقبل له أن يشهد
عليك بما في الكتاب أو ما برأسه أي نعم أو كتب فاداء من ذلك ما يعرف أنه أقراره وجائز) قال
اشرح وانما قيد بقوله فاداء من ذلك ما يعرف أنه أقراره لان ما يجبي عن الآخرس ومعتقل اللسان على
نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والناسى ما يكون ذلك
منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظرا لانه
لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق
حاجة في تقرير حواها الى قوله فاداء من ذلك ما يعرف أنه أقراره بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى
(قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الآخرس فلا تفريط منه) أقول
لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضى أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير
الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الآخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما
قبل أن فاول صاحب الكافي تفتن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلا نأى بمن
نأى بمنزلة الخطاب بمن دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعض الآخر

مسائل شتى

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر
مسائل شتى أو مسائل
منشورة أو مسائل متفرقة
من دأب المصنفين لتدارك
ما لم يذكر فيما كان يحق
ذكره فيه قوله (فاداء
من ذلك ما يعرف أنه أقراره)
يشير الى أن ما يجبي عن
الآخرس ومعتقل اللسان
على نوعين أحدهما ما يكون
ذلك منه دلالة الانكار
مثل أن يحرك رأسه عرضا
والناسى ما يكون ذلك
منه دلالة الاقرار بأن يحرك
رأسه طولا اذا كان منه معهودا
في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك
في الذي يعتقل لسانه) على بناء
المفعول يقال اعتقل لسانه
بضم التاء اذا حبس عن
الكلام ولم يقدر عليه وقوله
(حتى لو امتد) أراد به سنة
كذا ذكره التمرثاشي وروى
عن أبي حنيفة أنه قال ان
دامت العقلة الى وقت موته
يجوز اقراره بالاشارة ويجوز
الشهاد عليه بأنه عجز عن
النطق بمعنى لا يرجع زواله
فكان كالآخرس قالوا وعليه

الفتوى وقوله (في الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات نذفر ما به رجل وسمى فقته فقال
عليه السلام ان لها أو ابد كأ و ابد الوحش فاذا فعلت شئ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كوله وقوله (ولا يحد) أي الآخرس (اذا قذف
بالاشارة أو الكتابة ولا يحد له) اذا كان مقذوبا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الآخرس أظهر منه في حق الغائب) لان الظاهر
من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الآخرس عدم زوال خروسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور
فلا يقبل في حق الآخرس مع اليأس عن زوال الخروس أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فسوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

وفرنه (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والمساخر على ما ذكرنا
ثلاث مراتب مستبين) احترار عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواه
واما مرسوم أى معنون أى مصدر بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان وبما ذكرنا علم الافهام الثلاثة والحكم في كل منها ما ذكره وقوله (وينتوى فيه) أى يطلب منه النية فيه وقوله (لانه بمنزلة مرسوم الكتاب) أى الكتابة القولية كقوله أنت بائز وأمثاله وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فانه كما ثبت بالعربى ثبت بغيره (وقد ثبت بغير لفظ) أى بفعل يدل على القول كالتعاطى وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أى لا يكون حجة (فيكون فيهما) أى في الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان (قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والقصاص الى قوله لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جابرا بخازان ثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات) أقول وقد صرح فى أوائل الحنايات أن الشبهة تؤثر فى سقوط القصاص ثم

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والمساخر على ما ذكرنا
ومستبين غير مرسوم كالتكثيف على الجدار وأوراق الاشجار وينتوى فيه لانه بمنزلة مرسوم الكتاب ولا بد من النية وغير مستبين كالتكثيف على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الإشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانهم من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانهم احق الله تعالى ولا يمتد رتب الشبهات ولعله كان مصداقا لاذن فلا يحد الشبهة ولا يحد أيضا بالإشارة فى القذف لعدم القذف مبرحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت بين فيه شبهة لا ترى أنهم لو نهوا بالخطأ الحرام أو أقر بالخطأ الحرام لا يجب الحد ولو نهوا بالقتل المطلق أو أقر بقتل القتل يجب القصاص وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جابرا بخازان ثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكروا فى كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيه ما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة فى الحدود وهذا الدليل المدكور لا يدل على عدم كونها حجة فى الحدود إذ لا فرق فيه بين الحدود وما سواها بل يدل على كونها حجة فى الحد وأيضاً اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاظر على ما قالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر أيضاً لم يكن حجة ضرورية فينبغى أن يكون حجة فى الحدود أيضاً كما كان النطق حجة فيها أيضاً فليتأمل فى المخلص (قوله وأما الإشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانهم من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه الاحكام انطلاق على ما صرح به فى وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفروج وهو حق الله تعالى وله عدم تشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق كما لم تشترط فى الشهادة على عتق الامة أيضاً لانها انفاق بناء على ذلك كما صرحوا به فاطمة وصرح فى الكتاب أيضاً فى باب عتق أحد العبد من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضاً لتعلق حق الزوجين به بخازان أن يكون مدار قول المصنف لانهم من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد فى شئ لا يكتفى فى كون إشارة الاخرس حجة فيه ألا يرى أن اشارته لا تكون حجة فى حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقدوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لا بد فى كون اشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالتقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علماءائنا على ما عرف فى موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فإن الدعوى شرط فى قبول الشهادة فى حقوق العباد حتى ان مطالبة المقدوف بشرط فى ثبوت حد القذف وإن كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقدوف ولا يجوز الاعتراض عنه ولا يجرى الارث فيه عندنا كما مر فى الحد وقد فطنك بعدم اشتراط الدعوى فى ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه فالجواب على حق الله تعالى تفكير (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى العوضيه لانه شرع جابرا بخازان ثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضيه فلا يثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه بحث أما أولاً فلان ما ذكره ههنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة مخالف لما صرح به فيما مر

ويحتمل أن يكون مفارقة لذلك لأنه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق لادقة الممانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رجحهم الله أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهم ما فقال أشار أو كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذي صحت يوما أو يومين لعارض) لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

في عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة لان مبنى السك على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندري بالشبهات ثم قال فيه في باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا في كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصوص في سائر الحقوق وكذا بايافائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانهم اتدري بالشبهات وشبهة العفونة بانه حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه في باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجدد استخلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس بلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فيه ما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنائيات فانه صرح فيه في مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا في سقوط القصاص وقرر عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقيق نوع من الشبهة في كل واحدة منها كما لا يخفى على الناظر في تمام ذلك الكتاب وأما نائما فلا نقيس الخاصة في قوله أما الحدود والخاصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل محل هنا فان حد القذف غير خاص لله تعالى بل فيه حد لله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون اشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة) وان كان قادرا على الكتابة الى قوله لانه جمع ههنا بينهم ما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية ولنا في دعوى الجمع بينهم ما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب أو يوتى وكلمة أو لا حد الشبهين لا للجمع على أننا نقول قال في الأصل وان كان الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في فكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فاعلم من اشارة رواية الأصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط أن يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهم ما للجمع بينهما في كل مادة من مواد اعلام الاخرس بل مراده الجمع بينهم ما في جوارز اعلام الاخرس مراده بأي واحد منهم ما ولا شك في دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا أتى الاخرس بأي واحد منهم اعلى انفراده يتحقق الاثبات باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أي يقبل ويعمل به بموجب قول محمد في جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علوته التي ذكرها بقوله على أننا نقول الخ فليست بشيء أيضا لان مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهم ما أنه جمع في الجامع الصغير بينهم ما كما صرح به السارح المذكور حيث قال

وقوله (لانه) أي الاشارة على تأويل المذكور وقوله (لانه) أي محمدا (جمع هنا) أي في الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يوتى ايماء وقوله (وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الاشارة) لان فضل البيان في الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ايهام (وفي الاشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لانه) أي الاشارة (أقرب الى النطق من آثار الاقلام) لان العلم بالكتابة انما يحصل بالآثار الاقلام وهي منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم بالحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب اليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذي صحت يوما أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه أي لا يجوز اقراره بأن أو ما برأسه أي نعم أو كتب

قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كان نصفين لم يأكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك لان الميتة المتينة تحل له في حالة الضرورة فالتى تحتل أن تكون ذكيرة أو لى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكيرة في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعى لا يجوز الاكل كل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصر اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار وانما أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تتخاوع المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح تناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لانه جمع هنا بين ما أى جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينفي اشارة مسألة الاصل الى أن اشارة الاخرى لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فإمعنى نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أى في رواية ما وُلد أن تقول يجوز أن يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذنا من النهاية طول بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذى يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفى الذكيرة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعبد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطراب بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكيرة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا تتوجه المعالجة بالفرق بين المسئلةين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالي الاختيار والاضطرار قطعها وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذا ذلك انما هو في حالة الاضطراب كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها او كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت من أين ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلةين

وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) طاهر وطول بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والاخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فإنه يتحرى ويصلى في الذى يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحرى هناك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفى الذكيرة والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلى في بعضها ثم لا يعبد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهرا يصلى فيه ولا يصلى عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلا يجوز التحرى حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجوز التحرى فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطراب بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكيرة نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له تناول في جميع ذلك فلا تتوجه المعالجة بالفرق بين المسئلةين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالي الاختيار والاضطرار قطعها وأما الثانى فلان ما ذكره لا يقتضى كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم إعادة الصلاة اذا ذلك انما هو في حالة الاضطراب كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها او كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققت من أين ثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلةين

لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا استطاع الامتناع منه
 فسقط اعتبار دفعه للخرج كقليل التجاسة وقليل
 الانكشاف بخلاف ما اذا كانا تسنين
 أو كانت الميتة أغلب لانه لا ضرورة
 فيه والله أعلم بالصواب واليه
 المرجع والمآب
 تم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهداياه
 الفقه مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته
 نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من
 التصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من النقات ذلك فضل الله يؤتيه
 من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتينا في الدنيا حسنة
 وفي الآخرة حسنة وقننا عذاب النار ربنا فاغفر
 لنا ذنوبنا وكفر عنا سيئاتنا
 وتوفنا مع الأبرار وصلى الله
 على سيدنا محمد وعلى
 آله وصحبه
 والآنصار
 تم



كالها نجسة كان له أن يصلي
 في بعضها ثم لا يعيد صلاته
 لانه منظر الى الصلاة فيها
 بخلاف ما نحن فيه من الغنم
 ويؤيده أن الرجل اذا لم
 يكن معه الاثوب نجس فان
 كان ثلاثة أرباعه نجسا
 وربعه طاهر يصلي فيه
 ولا يصلي عربا بالاجماع
 فلما جازت صلاته فيه وهو
 نجس يقيم فلا تنجس
 بالتمسك حالة الاشتباه
 أولى والله سبحانه
 وتعالى
 أعلم

يقول المتوسل بحاجه المصطفى الفقير الى الله تعالى محمود مصطفى خادم
التعحيح بدار الطباعة العاصره بيولاى مصر القاهره

الحمد لله الذى فقه فى دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا ولخطه بعين العناية وأجل له من
فضله مشوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح
الطرائق سيدنا محمد الذى فتح له القدير من المدن والقرى والبوادي كل عسير وعلى آله
وأصحابه الباذلين مهجهم فى نصرته المتسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين
الذين أسسوا الدين وأصلوا قواعده وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده (أما بعد) فقد تم طبع
الكتاب الجليل الشأن الواضحة المنار المشيدة الأركان الجامعة غورا لأحكام الشريعة
والمباحث الدينية الفقهية على مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان ربه الله وجعل
مقلبه فسح الجنان وهى الهداية وشرورها التى تسر بتحقيقها ذوى الالباب وتسلك
بقارئها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه
وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيل جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى
المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجر فى الكتب العربية بمصر القاهرة المعزى
لازالا ظافرين بالامانى راقبين فى حلل التهانى في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد
الطلعة المهيبة البهية من أفاض على رعيته غيث الانعام وشماهم بنظر الرأفة والاكرام
الحفوظ بالسبع المثنى آفندينا عباس باشا حلى الثانى لازال مسرورا للقوادى عهده شمس
سماء مجده وسعده ملحوظا هذا الطبع الباهى والرونى الجليل الزاهى بنظر
من عليه جيل أخلاقه بنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان
تمام طبعه وانجلاء بدرة وكما ينعه بالمطبعة العاصره بيولاى
الطائريه فى سائر الأفاق فى أوائل شهر رمضان من عام
ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله
على أكمل وصف عليه أفضل الصلاة
وآتم السلام ملاح بدر تمام وفاح
مسك ختام
تم

وقرطه مؤرخا تمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الارب
الشيخ طه محمود أحد فضلاء المحققين فقال

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذى خص بمزيد العناية من فقههم فى الدين وجعل بأيديهم
فتح أبواب الهداية للمستفتين المستهدى والصلاة والسلام على أبى ابراهيم المبعوث به آية
ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم
وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم فى حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا
العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذى هو أحق مطبوع بأن تشد اليه

من مجموع تفتيش بحصيله الآمال وكيف لا ومارأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه
كرم بد مجموعا مفردا وكتما جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعول عليها
موج إليها في مذهب هذا الامام العظيم أبي حنيفة النعمان بؤاه الله دار النعيم
بن مل الخزان وشحن السفائن وما يكون للنتى ضياء اذا أشكلت المسائل
اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتي فاني * أنا الصائغ المحكي والآخر الصدى
نية المقصوده والضالة المنشوده التي طامعت على الطلاب وكانت أبعد من
الالباب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول
نقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغيايب فليس قاصر المزيه على
بل يجديه غير الحنفية مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجمله فهو المطبوع
التمه وكان أعدل شاهد من سعي في طبعه بعلاو الهمة وصدق القصد في نفع الامه
حام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبى وشقيقه السيد ابراهيم لازالت
ونجارتهم مارجحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظه مؤرخا فقال

للحق أنصار أقاموا قاعده دين النبي بهم رفيع القاعده
جعلوا كتاب الله نصب عيونهم وقفوا مصادره هديه وموارده
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم أعزازهم للشرع أعظم فائده
أطوا الشريعة بالبراهين التي أضحت بهار ميج الضلالة را كده
لا تغرر بروج أحكام الهوى فرواجها عند العقول الكاسده
أرى النبي أتى بشرع نافذ والله أكمله بنص المائده
فاسلم بدينك وارض بالحكم الذي شرع الاله ولا تمار معانده
أرأيت مثل الشافعي ومالك وأبي حنيفة والسراة الماجده
علا واخلاصا وبذل نصيحة للدار تبقي لالدار بائده
وقفوا حياتهم على إحيائهم للناس أعلام الهدى ومعاهده
صلح الزمان بهم فكانوا ملحه ومضوا فن للعيش يصلح فاسده
تالله ما ماتوا وذى آثارهم ضمنت لهم طيب الحياة الخالده
أوليس من آثارهم فتح به نلت الهداية بعد اذهى آبه
إن الهداية لهي خير مؤلف في الفقه لينت الصلاب الجامده
وشروحه اشرف صدور أولى النهى لاسميا الفتح الجزيل العائده
فاشكر يد المجيد طبع ساعدت ما كل كف بالجميل مساعده
واحمد لالهك أن هذا مؤرخا فتح القدير به الهداية رائده

٤٧ ٤٥١ ٧ ٣٤٥ ٤٨٨

س ١٣١٨ هـ

كتبه الفقير اليه سبحانه
طه محمود باطبعة
الاميريد

(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)

| صفحة | كتاب القسمة | صفحة |
|------|-------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| ٢٢٠ | باب الرهن بوضع على يد العدل | ٢ |
| ٢٢٤ | باب التصرف في الرهن والجنابة عليه الخ | ١٠ |
| ٢٣٨ | فصل ومن رهن عصيرا الخ | ١٤ |
| ٢٤٤ | كتاب الجنابات | ٢٠ |
| ٢٥٤ | باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه | ٢٣ |
| ٢٦٨ | فصل ومن شمر على المسلمين سبيفا فعليهم أن يقتلوه | بعمته |
| ٢٧٠ | باب القصاص فيما دون النفس | ٢٧ |
| ٢٨٢ | فصل في حكم الفعلين | كتاب المزارعة |
| ٢٩٢ | باب الشهادة في القتل | ٢٢ |
| ٢٩٧ | باب في اعتبار حالة القتل | كتاب المسافة |
| ٣٠٠ | كتاب الديات | ٤٥ |
| ٣٠٧ | فصل فيما دون النفس | كتاب الذبائح |
| ٣١١ | فصل في الشجاج | ٥٠ |
| ٣١٥ | فصل في الاطراف دون الرأس | فصل فيما يحل أكله وما لا يحل |
| ٣٢٤ | فصل في الجنين | ٦١ |
| ٣٣٠ | باب ما يحدث الرجل في الطريق | كتاب الاضحية |
| ٣٤١ | فصل في الحائض المائل | ٦٥ |
| ٣٤٤ | باب جنابة البهيمة والجنابة عليها | كتاب الكراهية |
| ٣٥٥ | باب جنابة المملوك والجنابة عليه | ٧٩ |
| ٣٦٨ | فصل في الجنابة على العبد | فصل في الاكل والشرب |
| ٣٧٦ | فصل في جنابة المدبر وأم الولد | ٨٠ |
| ٣٧٨ | باب غصب العبد والمدبر والصبي والجنابة في ذلك | فصل في اللبس |
| ٣٨٣ | باب القسامة | ٩١ |
| ٤٠٢ | كتاب المعاقل | فصل في الوطء والنظر والامس |
| ٤١٥ | كتاب الوصايا | ٩٧ |
| ٤١٧ | باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه | فصل في الاستبراء وغيره |
| ٤٤١ | باب الوصية بثلاث المال | ١٢٢ |
| ٤٦٥ | فصل في اعتبار حالة الوصية الخ | فصل في البيع |
| | | ١٣٠ |
| | | مسائل متفرقة |
| | | ١٣٥ |
| | | كتاب احياء الموات |
| | | ١٤٤ |
| | | فصول في مسائل الشرب |
| | | ١٤٦ |
| | | فصل في كرى الانهار |
| | | ١٥١ |
| | | كتاب الاشربة |
| | | ١٦٧ |
| | | فصل في طبع العصير |
| | | ١٦٩ |
| | | كتاب الصيد |
| | | ١٧١ |
| | | فصل في الجوارح |
| | | ١٨١ |
| | | فصل في الرمي |
| | | ١٨٨ |
| | | كتاب الرهن |
| | | ٢٠٣ |
| | | باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به الخ |
| | | ٢١٦ |
| | | فصل ومن رهن عبدا بالف الخ |

| صحيحة | صحيحة |
|-------------------------------|----------------------------------------|
| باب الوصى وما يملكه ٤٨٩ | باب العتق في مرض الموت ٤٦١ |
| فصل في الشهادة ٥٠١ | فصل ومن أوصى بوصايا بالخ ٤٦٧ |
| كتاب الخنثى * فصل في بيان ٥٠٤ | باب الوصية للأقارب وغيرهم ٤٧١ |
| فصل في أحكامه ٥٠٥ | باب الوصية بالسكنى والخدمة والتمرة ٤٨٠ |
| مسائل ثني ٥١١ | باب وصية الذمي ٤٨٥ |

